

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

**REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

MÉXICO, 1989

AÑO 13

NÚMERO 13

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

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 Fenocho, *Secretario Académico*

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Jorge Adame Goddard, *Director*
Lic. Jaime del Arenal Fenocho
Dr. Juventino V. Castro
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Francisco de Icaza
Lic. Carlos Mügggenburg
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.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

INDICE

DOCTRINA GENERAL

HORACIO AGUILAR ÁLVAREZ

El control de las leyes en el nuevo marco constitucional y legal 9

MIGUEL ALESSIO ROBLES

Notas para la regulación de la tenencia de la tierra en el Distrito Federal. 49

JUVENTINO V. CASTRO

La procuración de Justicia. 85

LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ

Evaluación de la Administración Pública Federal Mexicana: Su evolución a partir del México independiente hasta 1976. 97

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

Esbozo de algunas teorías marxistas del Derecho 157

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

Jacinto Pallares: Su bibliografía 197

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ

Rabasa y Molina Enríquez: Un diálogo autoritario en el origen de la Constitución 227

MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA

La Constitución de 1857 289

FAUZI HÁMDAM AMAD

Naturaleza jurídica y diferencias entre las llamadas comisiones intersecretariales y los órganos de administración con competencia funcional propia 327

MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO

La lógica y la ética del abogado 341

FRANCISCO XAVIER MANZANERO ESCUTIA

Algunas reflexiones en torno a las operaciones de remolque 359

GISELA A. OSCÓS SAID

Ética, derechos humanos y homosexualidad 375

JOSÉ MANUEL VILLALPANDO CÉSAR

Una aproximación a la Pedagogía Jurídica 415

MIGUEL VILLORO TORANZO

Moral y Derecho 465

SECCIÓN MONOGRÁFICA

JORGE ADAME GODDARD

LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS 499

PRESENTACIÓN

I. ARTÍCULOS

Introducción a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías 501

Ámbito de aplicación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías 509

II. DOCUMENTOS

1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) 532

2. Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías 568

3. Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías 581
Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías 595

4. Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías . 601
Anexo I

Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías 606

5. Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías 612
Anexo

Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías 618

6. Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1978) 647

III. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA 673

MISCELÁNEA

J.A.G.

Isaac Guzmán Valdivia: Nota necrológica 677

MAURO GONZÁLEZ LUNA

En memoria de don Isaac Guzmán Valdivia 679

EFRAÍN GÓMEZ CUEVAS

Moratoria: Sus bases jurídicas se encuentran en el Plan Brady 683

ANDRÉS LIRA

El derecho y la Historia Social 691

SILVIO ZAVALA

Respuesta al discurso de Andrés Lira 703

MANUEL LÓPEZ MEDINA

Noticias del curso 1988/1989 709

FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR

Discurso pronunciado el 4 de septiembre de 1989 en la apertura del curso escolar 1989/1990 723

ÁLVARO J. ALTAMIRANO

Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos al inaugurarse el ciclo 1989/1990 727

EL CONTROL DE LAS LEYES EN EL NUEVO MARCO
CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Horacio AGUILAR ÁLVAREZ

*Una constitución en la que los actos
inconstitucionales y en particular las
leyes inconstitucionales se mantienen
válidos (...) equivale a un deseo sin
fuerza obligatoria.*

Hans Kelsen

SUMARIO: I. *La ley y sus características.* II. *La protección constitucional.* III. *La Corte de constitucionalidad. Sus notas características.* IV. *La reforma constitucional.* V. *La Ley de amparo y el amparo contra leyes.* VI. *La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el amparo contra leyes.* VII. *Consideraciones finales.*

NOTA INTRODUCTORIA

Es conclusión casi unánime entre los estudiosos de los temas constitucionales que el amparo contra leyes es la cuestión de mayor hondura y altura que se maneja en el amparo. Esta significada importancia deviene de que en nuestro sistema de legalidad es la ley la primera de sus fuentes y la ley secundaria debe ser congruente con la Constitución, por ello su impugnación reviste mayúscula importancia.

La ley, en el ámbito temporal, es expedida por el legislador, quien, en el ámbito de sus atribuciones, goza de una mayor libertad; pero ello no le excluye de la obligación de ajustarse a la Constitución para cumplir con la regularidad en su actuación.

El orden jurídico constituye la estructura que da forma al Estado y la ley forma parte de aquél, razón ésta por la que debe existir congruencia total entre el nivel superior del orden jurídico, creado por la Constitución y los niveles inferiores. Cuando excepcional e involuntariamente el legislador llega a expedir una norma que contraría el texto constitucional, ésta afecta a todo el orden jurídico del Estado, por lo

cual se deben volver las aguas desbordadas de la ley inconstitucional al cauce del orden jurídico, constitucionalmente establecido.

La Corte de constitucionalidad dedicada, sin distracciones, a preservar el primer nivel de nuestro orden jurídico, adquiere realce destacado y se convierte en intérprete de la Constitución, voz del pueblo y conciencia de la nación.

Hemos presenciado grandes cambios en lo social que deben ir acompañados de ajustes en lo jurídico. La reforma constitucional, a través de la cual se convierte la Corte en el único y definitivo intérprete de la Constitución, constituye un avance sustancial, que ha producido otras reformas legales, que son objeto de ulterior comentario.

I. LA LEY Y SUS CARACTERÍSTICAS

La ley debe ser un ordenamiento que regule la conducta del hombre en una colectividad; consecuentemente, en todo grupo social civilizado encontramos leyes proporcionadas a la sociedad por su autoridad. Nos encontramos aquí frente a las leyes que emanan del poder público y que tienen la cualidad de ser leyes jurídicas.

La ley ha sido calificada como una fuente formal del derecho. Entonces, donde hay una colectividad organizada en forma de sociedad —aunque no necesariamente en forma de Estado— ahí debe existir un derecho, y si hay derecho existe la principal y primera de sus fuentes: la ley.

Siguiendo el viejo aforismo latino: *ubi societas, ubi jus*, se concluye que en toda colectividad o sociedad integrada por personas debe existir un derecho que rija sus relaciones.

1. Generalidad

Encontramos que si la ley existe en una sociedad, quiere decir que va encaminada a regular las diversas relaciones que pueden surgir entre los integrantes de dicha colectividad y la autoridad, en su caso; así, la ley no puede ir dirigida a una sola persona; pues ya no estaría dirigida a la sociedad, ni realizaría el bien común que toda norma o ley persigue. Por ello la ley debe ser general.

Cuando la ley va dirigida a uno o a unos cuantos, estamos en presencia de una ley privativa. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la norma debe ser general y no se puede legislar para una sola persona.

Explorando un poco más en la generalidad de la ley, Johannes Messner,¹ afirma que el término general tiene tres aplicaciones diferentes: en primer lugar, la generalidad quiere decir que se refiere no sólo a algunos casos concretos, sino a una clase de modos de conducta objetivamente determinada y que, por tanto, comprenden todos los casos concretos de esta clase, permitiendo el conocimiento de la naturaleza de las cosas en el caso concreto, clasificar éste dentro de una categoría general y subsumirlo bajo una regla general. Otro supuesto lógico de la regularidad de nuestra vida diaria consiste en nuestro saber cierto de las reglas generales y que estas reglas obligan en todos aquellos casos. El tercer significado de la palabra "general" es el "humano general", perteneciente a la conciencia moral general y por ello conocido por todo hombre en toda la humanidad.

Dentro de nuestras disposiciones positivas no se dice expresamente que la ley debe ser general. Aunque en estricta lógica jurídica no es necesario que el legislador lo aclare, pues la generalidad de la ley deriva de su propia naturaleza.²

2. La impersonalidad de la ley

La ley está encaminada al bien común y una ley que fuera dirigida a una persona a título particular sería una norma individualizada, como lo es una sentencia o contrato, pero no podría llamarse ley, pues lejos de estar dirigida al bien común, sería una disposición dirigida al bien particular de una persona o producto del capricho de una autoridad.

Imaginemos que el órgano legislativo expide una ley en virtud de la cual se le conceden derechos especialísimos a una persona determinada. La lógica misma rechazaría que se le llame ley, pues una nota esencial de ésta es su generalidad y un desdoblamiento de ella es que va dirigida a todos aquellos que se ubiquen bajo el supuesto previsto en ella, aplicando las consecuencias previstas sin importar sus cualidades individuales y personales, lo cual constituye un derecho subjetivo. A esta característica le llamamos impersonalidad de la ley.

¹ Messner, Johannes, *Ética política, social y económica, a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967.

² La naturaleza o esencia de las cosas es todo aquello sin lo cual las cosas no lo son, sino otras completamente distintas.

Esta característica está plasmada en el artículo 13 constitucional, en donde expresamente se señala: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas".

3. Abstracción

La mayoría de los autores han admitido que la ley positiva, para su formulación o enunciación, consta de dos elementos: un supuesto y una consecuencia.

La ley en forma abstracta enuncia o formula los supuestos de la ley y su consecuencia. El legislador partió de una abstracción que aparece en su mente, pero dicha abstracción se convierte en hipótesis una vez que se realiza lo previsto por la norma.

La ley no puede versar sobre un hecho que ha sucedido con anterioridad a la expedición de la ley, por aplicarlo a ese hecho, sino que el legislador, a través de una operación intelectual y tomando en consideración un valor que debe ser tutelado, legisla para todos los hechos que con posterioridad sucedan, aplicándose las consecuencias previstas por la misma ley. Se trata de una operación intelectual a cargo del legislador.

La facultad de expedir leyes es privativa del Poder Legislativo, siguiendo la terminología del maestro Fraga, son atribuciones de dicho órgano.

Las atribuciones se clasifican en materiales y formales. Las primeras son aquellas que atienden a la naturaleza del acto independientemente del órgano del cual emana y, formales aquellas que atienden al órgano del que emanan, sin importar la naturaleza de dicho acto.³

El órgano legislativo, formal y materialmente, tiene atribuciones para expedir leyes y decretos, aunque se discute la distinción que entre ellos puede existir. Solamente la Constitución de 1836 estableció distinción entre ambos conceptos, diciendo que la ley tiene un objeto general, en tanto que el decreto tiene un objeto particular.⁴

4. Validez formal de la ley

El maestro Gabino Fraga⁵ nos habla del valor formal de la ley, lo que quiere decir que para modificar el contenido de una ley es nece-

³ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1968, p. 39.

⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales*, 1973, p. 218.

⁵ Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 43.

sario que se haga a través de otra ley, o sea a través de una disposición derivada del órgano legislativo. De otra manera no se puede modificar el contenido de la ley.

¿Qué podemos decir de los reglamentos?

El artículo 89, fracción I, de la Constitución, en relación con el 92 del mismo ordenamiento, concede al Ejecutivo la facultad reglamentaria de las leyes. Aunque dicha facultad reglamentaria ha sido ampliamente debatida a nivel teórico y doctrinario, aceptamos que el Ejecutivo tiene dicha facultad y la ha ejercido en diversidad de ocasiones.

El reglamento tiene como finalidad regular y detallar las disposiciones contenidas en una ley. En cierta forma, el Ejecutivo en ejercicio de su facultad reglamentaria completa la actividad del legislador, con base en la experiencia y las aportaciones que en ocasiones se solicitan a los interesados.

Lo anterior demuestra que no existen tres poderes independientes sino únicamente una repartición de competencias entre diversos órganos del Estado. Encontramos pues que la facultad reglamentaria es una atribución que materialmente corresponde al Legislativo y formalmente al Ejecutivo, por disposición constitucional.

Siendo el reglamento un acto materialmente legislativo, no cabe la menor duda de que participa de todas y cada una de las características de la ley, entendida conforme a la definición que hemos analizado.

En suma, la diferencia entre ley y reglamento es de grado y no de esencia. Por lo mismo, en la jerarquización de las normas jurídicas la ley ocupa un sitio preferente al del reglamento.

5. Jerarquía de las leyes

La jerarquía, en términos generales, está íntimamente vinculada a la idea de valor. No podemos entender que exista una jerarquía que que no esté fundada única y exclusivamente en el valor.

En toda actividad social y humana debe existir una organización que permita la perfección y la armonía. Así pues, entre las leyes debe existir una jerarquía, fundada en el valor, valor que debe ser tutelado por la misma ley.

Así, en caso de contradicción de las leyes deberá prevalecer aquella cuyo valor tutelado es de mayor rango. Es decir, una disposición constitucional tiene un contenido axiológico muy superior a un reglamento de policía, sin que se quiera decir que el reglamento carece de contenido axiológico.

Existe una jerarquía en nuestro sistema jurídico. Es la siguiente:

- a) Normas fundamentales, contenidas en la Constitución.
- b) Normas secundarias, contenidas en las leyes aprobadas por el Congreso
- c) Normas reglamentarias, contenidas en los reglamentos, decretos, órdenes y acuerdos emitidos por el Poder Ejecutivo y, en sus casos, por las Secretarías y Departamentos de Estado.
- d) Normas individualizadas, contenidas en las sentencias o en los convenios celebrados entre particulares.⁶

La nación, como depositaria de los intereses y anhelos generales, tiene valores que proteger, como la seguridad, la soberanía y otros que son de mayor contenido axiológico que las disposiciones secundarias sobre impuestos al alcohol, por ejemplo. Por tanto, se han plasmado los primeros en ordenamientos de mayor jerarquía como lo es la Constitución. Es obligado al hablar de la jerarquía de las leyes hacer una apropiada exégesis del artículo 133 constitucional.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución ha tenido diversas definiciones que al efecto han dado los estudiosos de la materia. Aunque resulta innecesario analizarlas para los específicos propósitos de este trabajo, se debe destacar que la Constitución es la expresión más prístina de la soberanía,⁷ es la cristalización de la soberanía misma y como tal tiene una doble característica: supremacía y primacía. La supremacía significa que la Constitución es la ley de mayor jerarquía para la organización social. La primacía implica que es la ley primera —ley de leyes— de la cual las demás leyes del orden jurídico son derivaciones o proyecciones de esta ley primera, que se prolonga en las subsecuentes.

Sentadas ya las características y la jerarquía de las leyes, debemos decir que la Constitución y las leyes secundarias forman —junto con otras disposiciones de contenido normativo— el orden jurídico de nues-

⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1972, p. 47.

⁷ En relación a la soberanía y sus teorías véase Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20a. edición, México, Porrúa, 1984, pp. 7-12; Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, México, FCE, 1948, pp. 80-96; Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, México, Ed. Nacional, 1970, pp. 256 y 56.

tra sociedad. Este orden jurídico —en la etiología del Estado— es la causa formal, porque informa, forma y da forma al Estado mismo. El orden jurídico es al Estado lo que la estructura a un edificio o el sistema óseo al cuerpo humano, por lo que concebir un Estado sin orden jurídico equivale a un edificio sin estructura —se derrumba— o a un cuerpo ayuno de sistema óseo —sería lo más parecido a un molusco—.⁸

Por ser la Constitución expresión de la soberanía, por ser suprema ley y ley primera, se le debe conferir un respeto absoluto, espontáneo, por las autoridades. Éste diríamos es el control espontáneo o natural de la Constitución, recogido en el artículo 128 de la misma, que obliga a los servidores públicos a protestar su debido cumplimiento.

1. Necesidad de un instrumento para combatir una ley inconstitucional.⁹

Ningún acto inconstitucional de autoridad puede tener vida jurídica, con mucha mayor razón habremos de pensar en la importancia que reviste cuando se trata de una ley expedida por el órgano legislativo.

Habremos de analizar los medios que la Constitución concede a los gobernados para impugnar dicha ley.

Así, don Manuel Herrera y Lasso enseñaba que la Constitución ha instituido tres medios para su defensa:

- a) El indirecto: el juicio de amparo, artículo 103 constitucional.
- b) El directo: la "controversia" entre poderes, en los artículos 104, fracción IV, y 105 constitucionales, y
- c) Adicional: el enjuiciamiento del Legislativo y del Ejecutivo local, en los artículos 108 y 111 constitucionales.

Principio rector en todo lo que se refiere a la controversia: "la controversia" procede en defecto del amparo y, en concomitancia con él, cuando la reparación de las violaciones sea insuficiente por aquel medio indirecto del control.¹⁰

La "controversia" entre poderes procede, en relación con el amparo, en dos cosas:

⁸ La etiología estudia las causas de las cosas. Las causas son materiales, formales, reales o finales.

⁹ Tena Ramírez prefiere hablar de la defensa y vigilancia de la Constitución; aunque no se opone al uso de la expresión "control". *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1984, p. 492.

¹⁰ Herrera y Lasso, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, Ed. Jus, p. 265.

- a) En defecto de dicho instrumento para defender o controlar la Constitución, o sea, cuando un amparo no procede contra el caso previsto que resulta inconstitucional.
- b) En concomitancia con él, cuando sea insuficiente como medio de "control". Dadas las limitaciones que la propia Constitución ha impuesto a la sentencia de amparo, resultará necesaria la introducción de la "controversia", como un medio directo de control constitucional.

Casos de control concomitante: proceden estos medios de "control" en los siguientes casos:

- a) Deuda agraria (artículo 27, fracción XVII).

Su vigencia en el Estado, sin previa ley del Congreso que la autorice, lesiona el derecho de los particulares a quienes afecte su aplicación y al poder preterido.

- b) Convenio de límites no aprobado por el Congreso (artículo 73, fracción IV).

Su vigencia implica agravio a los particulares si se les desplaza de su ámbito jurisdiccional; preterición del Poder Legislativo en su ejercicio funcional, si no se ocurrió a él en solicitud de aprobación; y desacato, si ésta fue negada de la autoridad congresional.

- c) Prohibiciones relativas asignadas en la fracción I del artículo 118.

Los contribuyentes afectados por la legislación tributaria del Estado, expedida sin el consentimiento del Congreso, a la cual se refiere la fracción I, tienen derecho al amparo por haberse invadido la "esfera" de la jurisdicción federal y lo tiene el mismo Congreso, suplantado en el ejercicio de sus funciones, a la promoción de la "controversia".

- d) Extradición internacional o interestatal (artículo 119 constitucional). Dicha materia está sujeta a la ley del artículo 119 y los tratados internacionales; las violaciones de la legislación

- local o la federal pueden ser remediadas por el amparo y deben serlo por la "controversia", cuando impidan o estorben el cumplimiento de los tratados.
- e) Derecho internacional en materia de actos públicos, registros y procedimientos judiciales (artículo 121 constitucional)

Si la legislación local no se ajusta a las bases previstas en el artículo 119 constitucional y el desacato de las leyes que coordinan el derecho civil entre los estados, fincarían respectivamente la acción de los particulares para promover el juicio de amparo y la del Congreso para establecer la "controversia" que establecería el equilibrio jurídico de la "Unión".

El maestro Herrera y Lasso nos habla del control adicional como una tercera forma de defender la supremacía constitucional, que se realiza a través de la aplicación de los artículos 108 a 111 constitucionales, relativos a la responsabilidad de los altos funcionarios de la Federación.

En el segundo párrafo del artículo 108 constitucional encontramos que se establece claramente la obligación, a cargo de los gobernadores de los estados y diputados a las legislaturas locales, de respetar la supremacía constitucional, haciéndoles responsables en caso de violación a la carta fundamental y leyes federales.

La destitución de los diputados locales que hubieren violado la Constitución o las leyes federales obligaría a quienes los sustituyan a remediar el desmán, mediante la nulificación de la Ley o Decreto que lo perpetraron. Los impulsaría a ello el temor de incurrir en igual responsabilidad y la amenaza de la misma e inevitable sanción, obteniéndose, así, en el juicio político, un resultado inasequible en el procedimiento de amparo y similar al del fallo de la Suprema Corte por la vía de "controversia", resolvería el conflicto de Poderes.¹¹

El enjuiciamiento de las legislatura —medio extremo de control de la constitucionalidad— sólo procede contra violaciones no reparables por el amparo o, en su defecto, por la "controversia". Precisamente este es el orden como se deben agotar los medios de control constitucional.¹²

La anterior conclusión mantiene la integridad de nuestro sistema y, sin desvirtuarlo, lo amplía en extensión y eficacia.

¹¹ *Ibid.*, p. 266.

¹² *Ibid.*, p. 269.

Resulta evidente la necesidad de mantener la supremacía constitucional que, como norma política fundamental, no debe ser transgredida por ninguna autoridad. Pero dicha aseveración no dejaría de ser más que una teoría si no existieran medios de control de la constitucionalidad de dichos actos. Así pues, nuestra Constitución ha previsto varias formas de control constitucional.

La ley participa del género "acto", consecuentemente es un acto de autoridad (órgano legislativo) que es susceptible de control constitucional.

Dado nuestro régimen federal, tenemos competencias locales, por una parte, y federales por la otra.

Entre dichas competencias no existe una relación de supraordenación o de jerarquía, simplemente son diferentes. Pero independientemente de lo anterior, debemos señalar que pueden haber leyes federales inconstitucionales, así como leyes locales inconstitucionales.

En ambos casos varía el ámbito espacial de validez de la norma jurídica, pero no varía en su esencia la ley, con todas sus notas relativas de generalidad, abstracción, impersonalidad, etcétera. Las leyes pueden ser inconstitucionales y por lo tanto pueden ser aplicados los medios de control, haciéndolo en el orden establecido.

Entre los tres medios de control mencionados, el más accesible, más conocido y más ampliamente regulado es el indirecto, o sea el juicio de amparo, regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales y su ley reglamentaria, mejor conocida como "Ley de Amparo", pero no es el único medio de control constitucional.

En este mismo sentido se pronuncia el maestro Tena Ramírez:

El respeto debido a la Constitución tiene que ser espontáneo y natural. Sólo como excepción cabe considerar la existencia de violaciones constitucionales, dentro de un orden jurídico regular. Cuando la excepción se convierte en regla, es que la anarquía o el despotismo han reemplazado al orden constitucional.¹³

2. Los diversos sistemas de control constitucional

Siguiendo al profesor francés André Hauriou, se distinguen los sistemas¹⁴ atendiendo al órgano al que se dota de competencia, así encontramos:

¹³ Tena Ramírez, F., *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 491.

¹⁴ El autor a quien seguimos prefiere llamarles procedimientos.

A. Sistema de control encomendado a órgano político.¹⁵

Los sistemas de control encomendados a órgano político a su vez se clasifican en:

- a) Procedimiento de cuestión previa.
- b) Control operado por órgano diferente.

Los sistemas de control encomendados a órgano jurisdiccional, atendiendo a la vía intentada, se distinguen de la siguiente manera:

- a) Control por vía de acción.
- b) Control por vía de excepción.¹⁶

En el primer grupo encontramos que puede ser un órgano dentro de los ya existentes como en el caso de la Constitución de Weimar (cuestión previa),¹⁷ puede integrarse un órgano adecuado para ese propósito, como ocurrió en nuestra Constitución Centralista de 1836 con el Supremo Poder Conservador (órgano diferente).

Las clasificaciones indicadas atienden al órgano al que se le encomienda la delicada función de defensa, control y vigilancia de la supremacía constitucional; íntimamente vinculada a la anterior —y, en ocasiones hasta de mayor importancia— es la amplitud de la protección constitucional. Aun este criterio del órgano de control de constitucionalidad puede formular definiciones generales con validez *erga omnes*. O bien puede definir la constitucionalidad en cada caso concreto.¹⁸

¹⁵ Otros prefieren llamarles parajudiciales.

¹⁶ Hauriou, A., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 369-374.

¹⁷ Dice Schmitt: "Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich. Tanto por su estabilidad y permanencia relativa... como también el género de sus atribuciones, tiene por objeto en el orden público como consecuencia de su relación inmediata con el conjunto del Estado, crear una situación neutral que como tal sea protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich, institución que se halle dotada, para caso de necesidad, con atribuciones eficaces que le permitan realizar una defensa activa de la Constitución", Schmitt, C., *La Defensa de la Constitución*, Labor, 1931, p. 103.

¹⁸ Véase Tena Ramírez, F., *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 493.

A. Control de órgano político

- a) Procedimiento de la cuestión previa. Se da este medio de control en los países en los que el Parlamento es considerado prácticamente soberano y se conforma con la autolimitación del mismo. Opera de la siguiente manera: en el momento de deliberar una propuesta de ley, el presidente de la Asamblea puede declarar que no abrirá la deliberación porque la propuesta es inconstitucional, correspondiendo a cada miembro de la Asamblea el derecho de plantear esta cuestión previa por la misma razón; decidiendo finalmente la misma Asamblea si la cuestión es o no constitucional.
- b) Control operado por un órgano diferente. En éste el órgano que va a controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos de los demás poderes es un órgano diferente a la Asamblea Legislativa. Como ejemplo podemos señalar al Supremo Poder Conservador que fue creado en México por las Siete Leyes Constitucionales de 1836.

B. Control de órgano jurisdiccional

- a) Control por vía de acción. Integra lo que se ha dado en llamar el sistema europeo o austriaco, caracterizándose por la existencia de un tribunal con jurisdicción especial que resuelve acerca de la constitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad y generalmente con efectos *erga omnes*. Cabe agregar que en nuestro país esto no es cierto, ya que la sentencia de amparo tiene efectos relativos, por lo que sólo se protegerá a los quejosos y no a la generalidad de la población.

El tratadista Octavio Hernández caracteriza este tipo de control por el ejercicio de una acción que intenta el agraviado contra un acto de autoridad o una ley que tacha de inconstitucional, por la tramitación de un procedimiento autónomo cuya finalidad será el declarar la inconstitucionalidad de la ley o del acto de autoridad y por el agotamiento de la actividad jurisdiccional en el examen y decisión de la constitucionalidad de la ley o el acto de autoridad.¹⁹

¹⁹ Hernández, Octavio, *Curso de Amparo. Instituciones Fundamentales*, México, Porrúa, 1983, p. 47.

- b) Control por vía de excepción. Integra el llamado sistema americano, caracterizándose por la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en cualquier proceso la inaplicabilidad de las normas secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes.

Podemos resumir los elementos esenciales de este sistema diciendo que en él, el control lo realiza un órgano judicial difuso (o sea tribunales que no tienen una jurisdicción constitucional especial; en pocas palabras, todos los jueces), siendo la cuestión constitucional, incidental, accesoria de la principal que puede ser civil, penal, administrativa, etcétera; planteándose la inconstitucionalidad por las partes como excepción o aun de oficio por el mismo tribunal, teniendo sólo efecto para las partes, la declaración que sobre constitucionalidad se hiciere.

3. *Nuestro sistema de control de constitucionalidad*

Refiriéndose al amparo como defensa constitucional, como medio directo de control de constitucionalidad, debemos ubicarlo en alguno de los sistemas antes expuestos, y para ello previamente debemos definir al amparo mismo, para de ahí identificar sus características y hacer una adecuada ubicación.

El amparo es un proceso concentrado de anulación —de naturaleza constitucional— promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la Constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva aplicación de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal ya estatales, que agravién directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección al efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada —si el acto es de carácter positivo— o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige —si es de carácter negativo—.²⁰

Atendiendo a la anterior descripción del amparo, aparecen las notas características del juicio de amparo, como centinela de la supremacía constitucional que queda encomendado al Poder Judicial Federal

²⁰ Castro y C. J., *Garantías y Amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 287.

(artículo 103), por vía de acción (artículo 107-I) y con eficacia limitada al reclamante (artículo 107-II).

A. El órgano jurisdiccional de control constitucional

Habiendo establecido las notas esenciales de nuestro sistema de control de constitucionalidad, hagamos una sinopsis de estas características a fin de valorar con toda su hondura y profundidad las reformas propuestas y aprobadas por el Congreso de la Unión y turnadas a las legislaturas de las entidades federativas.

A nivel teórico se ha discutido sobre la verdadera naturaleza del órgano jurisdiccional federal, ¿es en realidad un poder o es un departamento del Ejecutivo?

Rabasa llegó a sostener que no es un poder al igual que los otros dos. Su tesis la enuncia en los siguientes términos:

"Son poderes públicos los órganos del poder del pueblo...; pero no los que tienen encomendada una función sin libertad... es poder el órgano que quiere en nombre de la comunidad social y ordena en virtud de lo que se supone que la comunidad quiere... el Departamento Judicial nunca es poder, porque nunca la administración de justicia es dependiente de la voluntad de la Nación..."

Sigue diciendo este autor: "El error de la teoría está en confundir el *jus* con el *judicium*, para darle a éste la unidad de expresión del poder soberano, que sólo tiene aquél".

Al órgano de la función judicial le faltan las condiciones de poder: "1o. Iniciativa... 2o. Unidad... 3o. Autoridad General".²¹

Por su parte Tena Ramírez opina que la discusión es eminentemente teórica, "que no tiene interés ni siquiera para el Legislador Constituyente...".²²

Reflexionando sobre el particular, consideramos que la cuestión planteada no solamente resulta teórica sino inclusive terminológica o semántica y por lo tanto irrelevante. Debemos partir del punto que el poder del Estado es uno y único, dividido para su ejercicio en órganos, que atendiendo a una antiquísima división tritómica son: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales son creados y dotados de competencia por la Constitución. Estos órganos tienen sus operaciones internas (*ad intra*) y externas (*ad extra*) distintas en cada caso, lo cual no esta-

²¹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, 4a. ed., México, Porrúa, 1968, pp. 188 y 189.

²² Tena Ramírez, F., *Derecho Constitucional Mexicano*, pp. 477 y 478.

blece esenciales diferencias entre ellos: simplemente son diferencias de carácter operativo.

Superada la cuestión terminológica planteada, la función del órgano jurisdiccional es, además de la administración de justicia a nivel federal, defender la supremacía constitucional, lo cual convierte a este órgano en equilibrador de las fuerzas activas del gobierno y de los demás órganos que integran el poder público del Estado.²³ Ésta es su función política.

Para cumplir con esa elevada misión, el órgano judicial deberá ser: autoridad reguladora de la vida de la Nación, intérprete único de los mandamientos de la ley fundamental que define sus preceptos, declara su alcance e integra sus propósitos, la Corte, cumpliendo con su objeto con independencia, serenidad y firmeza, sería la autoridad más alta de la República y la más propuesta al respecto de la sociedad que protege y de la Nación cuya estabilidad garantiza. Todo lo que la desvíe de esta elevada función..., no hará sino rebajar su alteza y echarla al desprestigio.²⁴

En mérito de lo anterior, resulta de trascendental importancia destacar las siguientes cuestiones: la designación de sus integrantes, su inamovilidad y su remuneración.

A fin de garantizar que la Corte pueda realizar con plenitud su función equilibradora, no es suficiente crearla y dotarla de competencia; también es indispensable cuidar la designación de sus integrantes a través de un procedimiento adecuado de elección y selección. "En la Constitución de 57 el nombramiento de los Ministros se hacía mediante elección indirecta en primer grado y cada uno de ellos duraba en su encargo seis años (artículo 92)".²⁵

Rabasa criticó acremente este procedimiento y la duración del cargo,²⁶ concluyendo en los siguientes términos: "ningún cargo de elección popular puede ser vitalicio..."

"Este deplorable resultado es el fruto de las teorías jacobinas y jeffersonianas que han confundido la igualdad zoológica con la igualdad social..."

"Con el sistema a que nos ha conducido este error constitucional, la independencia de la Magistratura es imposible..."²⁷

²³ En este sentido, opina igual Tena Ramírez (*op. cit.*, p. 478) y Rabasa (*op. cit.*, p. 191).

²⁴ Rabasa, Emilio, *op. cit.*, p. 194.

²⁵ Tena Ramírez, F., *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 483.

²⁶ Rabasa, Emilio, *op. cit.*, pp. 195-203.

²⁷ *Ibidem*, pp. 199 y 200.

Después de un azaroso camino, la Constitución prescindió de la elección popular para la designación de los integrantes de la Suprema Corte y estableció la inamovilidad en la designación, para garantizar su delicada función.

En la actualidad la designación es a propuesta del Ejecutivo con la aprobación del Senado o de la Comisión Permanente, según sea el caso.

Además de este procedimiento para la designación del ministro de la Suprema Corte y con el fin de garantizar su función, la persona así designada se vuelve inamovible y su remuneración no puede ser reducida, a fin de evitar que bajo la amenaza de reducción de sueldos los otros poderes pudieran coaccionar a los jueces federales.

Estas características (procedimiento para la elección, inamovilidad y garantía en remuneraciones) han quedado plasmadas en nuestra ley fundamental e indeleblemente grabadas en la conciencia nacional, convirtiéndolas en decisiones políticas fundamentales que nutren y fortalecen nuestro federalismo.

Por lo que se refiere a su operación interior (*ad intra*), originalmente la Corte funcionó en pleno (1900) posteriormente se permitió, a través de una ley secundaria, para funcionar en salas, decisión que fue impugnada por los partidarios de que la actuación fuese plenaria, con objeto de mantener la unidad jurisprudencial. Este argumento es válido para órganos reducidos; mas puede perder eficacia en asambleas más numerosas.

El origen de la organización en las salas fue el rezago de la Corte,²⁸ misma que se conserva inclusive en la reforma constitucional en análisis por las legislaturas locales.

Con independencia de si la Corte debe o no funcionar en salas o plenariamente, su prestigio y su probidad personal, la independencia de criterio y la competencia profesional de todos y cada uno de sus integrantes, son la garantía de su adecuado funcionamiento.

²⁸ Curiosamente sobre el rezago de la Corte mucho se ha hablado. Fue fundamento de las reformas de 1928, de 1934, de 1951 y la actual. Sin embargo, nunca se aportan datos concretos, como la cantidad total de amparos que ingresan para el conocimiento de la Corte —tanto para el Pleno como para las salas— cuántos de esos amparos se turnan a los ministros relatores, cuántos proyectos se presentan y se resuelven por sesión, etcétera. Penosamente criterios cuantitativos y no cualitativos son el fundamento de trascendentales reformas.

B. El Juicio de amparo

Después de unas ideas generales sobre las defensas de la supremacía constitucional, entre las que mencionamos al amparo como forma directa pretendemos ahora dar algunos conceptos sobre el mismo y toda vez que ya fue definido (véase *supra* b-3).

El amparo, la institución jurídica más noble y más nuestra no surge en la historia por generación espontánea, sino que venciendo dificultades y obstáculos se va abriendo paso en la misma, perfeccionándose en la Constitución, en su ley reglamentaria y en el valor moral de los precedentes de jurisprudencia.

Para entender en toda su magnitud nuestro procedimiento de amparo, reproducimos a continuación lo ya asentado por el maestro Tena Ramírez:

“...No podemos penetrar en sus más íntimas peculiaridades (del amparo), mientras no asistamos a su gestación histórica en México, pues es tan mexicano éste nuestro sistema de custodia constitucional que solamente en sus antecedentes históricos, en colaboración con el derecho comparado, pueden iluminar su esencia y descifrar los serios trascendentales avances en la materia; entre los más destacados y re-

Así, nuestro amparo se ha mantenido en constante evolución con trascendentales avances en la materia; entre los más destacados y recientes, se cuenta la modificación al artículo 107, fracción II de la Constitución para establecer la suplencia de la queja y abolir el principio de estricto derecho que implicó la existencia de amparos de primera y de segunda instancias, acercándose más al concepto original que tuvieron sus forjadores de un procedimiento simple, carente de formas rígidas que lo sujetan y ahogan.³⁰

²⁹ *Op. cit.*, p. 492.

³⁰ Debemos recordar que, en lógica, uno es el fin propio y natural de las cosas (*finis operis*). Así resulta que en la práctica, con el uso que se ha hecho del juicio de amparo, se ha alejado de su concepto original imputable a cierta tendencia —generalizada, por desgracia— a sustituir la justicia derivada de la Constitución y la ley, a una “justicia de directorio”, en la que se busca el precedente o la tesis de jurisprudencia para resolver un problema, en lugar de acudir a la Constitución misma y su ley. Esta deformación deriva no sólo de la tendencia práctica indicada, sino que también es consecuencia de que en las aulas universitarias los profesores hemos olvidado que el jurista debe ser humanista, y nos hemos preocupado —y ocupado— más de la información técnica, creando una nueva generación de tecnócratas del derecho que han sustituido al letrado con vastos conocimientos interdisciplinarios. Resulta ilustrativo, sobre este particular, el magistral discurso de don Jaime Torres Bodet, pronunciado con motivo del IV centenario de la Facultad de Derecho, el día

También resultan destacadas las reformas a los artículos 156 y 182 de la Ley de Amparo, en las que se establece un procedimiento más simplificado, por abreviado, en el trámite de amparos contra leyes declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia. Dicha reforma demuestra cómo el amparo contra leyes, dificultosamente, se abre paso en nuestra legislación a fin de lograr avances importantes en la equidad y en la justicia.

C. La amplitud en el control de la constitucionalidad de las leyes

Al revisar los sistemas de control de constitucionalidad, en cuanto a su amplitud, dejamos establecido que pueden ser declaratorias generales o bien particulares, referidas únicamente al quejoso.

También dejamos establecido que nuestro sistema habrá de referirse únicamente al quejoso, lo que es una regla que debería tener su excepción tratándose de las leyes, dadas sus características peculiares.

Sobre este particular se ha dicho que nuestro sistema constitucional ha abrevado en las aguas del constitucionalismo norteamericano, del cual Alexis de Tocqueville, francés, que a sus veintiséis años de edad dijo: "Las leyes caerán a golpe redoblado de jurisprudencia".³¹

Partiendo de lo antes referido, se ha venido gestando en nuestro país una tendencia vigorosa que busca y propone que el control constitucional de las leyes sea de carácter generalizado. Asumiendo posiciones que van desde la primera ejecutoria ya no debe aplicarse la ley hasta que, integrada la jurisprudencia, ésta se publica en el Diario Oficial o en el órgano del gobierno local y se deje de aplicar dicha norma en forma general.

Iguales controversias plantean el aspecto temporal, a partir de en qué momento surte efectos la declaración de anulación de una ley por no encontrarse ajustada al orden regular impuesto desde y por la Constitución.

En teoría pura hay quienes sostienen que el efecto debe ser *ex nunc*, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad formulada por el órgano de control constitucional. En otro sentido se pronuncian otros estudiosos, quienes se manifiestan defensores de que los efectos de la

cinco de junio de mil novecientos cincuenta y tres, intitulado: "Servidumbre y grandeza del Abogado".

³¹ En realidad no es la jurisprudencia misma la que anula la ley en los Estados Unidos, es el prestigio moral de sus jueces y su Corte lo que impide que éstas se sigan aplicando.

declaratoria de inconstitucionalidad se produzcan *ex tunc*, desde la expedición de la ley.³² En la estructura del amparo se pueden dar estas situaciones en el manejo del mismo para combatir la norma que se estima conculcatoria de la Constitución, como a continuación analizamos.

La inconstitucionalidad de una ley autoaplicativa se puede hacer valer dentro de los treinta días posteriores a su inicio de vigencia (artículo 22, fracción I de la Ley de Amparo), y en caso de que el procedimiento de amparo intentado, en este caso, concluya con una sentencia estimatoria, las consecuencias jurídico-constitucionales consistirán en dejar sin efectos la ley impugnada, restituyendo al quejoso en la garantía violada, y para ello la declaratoria de inconstitucionalidad se retrotraerá al momento mismo de su expedición —con efectos *ex tunc*— y no podrá aplicarse ni hacerse exigible la ley a quien goza de la protección constitucional a través de una sentencia estimatoria —efectos *ex nunc*— como gozando así de una "patente" de no aplicación de ley (véanse artículos 107-II constitucional y 80 de la Ley de Amparo).

La otra oportunidad para impugnar una norma inconstitucional de carácter autoaplicativo³³ en vía de amparo procede dentro de los quince días posteriores a la fecha en que surta la notificación del acto reclamado —conforme a la ley que lo rige—. La sentencia estimatoria que se llegue a dictar implicará una "desaplicación" de la ley al acto reclamado y cuantos actos de autoridad que se funden en la ley declarada inconstitucional deberán ser pugnados por el quejoso a fin de obtener la "desaplicación", inclusive, llegado que sea el caso que se integre jurisprudencia en tal sentido, la única ventaja que se puede obtener es un procedimiento sumario —de términos reducidos— como lo establecen los artículos 156 de la Ley de Amparo, tratándose de amparo indirecto, y 182 bis del mismo ordenamiento, en amparo directo.

Lo anterior significa que para efectos de las leyes declaradas inconstitucionales, existirán varios grupos de destinatarios de la norma inconstitucional, a saber:

Primer grupo: los destinatarios de la norma autoaplicativa, a quienes —declarada su inconstitucionalidad— jamás les volverá a ser obligatoria la misma.

³² Véase Kelsen, Hans, "La Garantía Jurisdiccional en la Constitución", *Anuario Jurídico*, 1974, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 487.

³³ Para efectos de impugnación en amparo de las leyes, se ha hecho la clasificación de autoaplicativas y heteroaplicativas, que por elaborada y rebuscada resulta innecesaria e improcedente. Para efectos del control constitucional sólo existen leyes constitucionales e inconstitucionales.

Segundo grupo: los destinatarios de la norma, sea autoaplicativa o heteroaplicativa, que deberán impugnarla en todos los casos en que les resulte aplicada la misma.

Tercer grupo: Los destinatarios que no ejercitando la acción de amparo soporten los efectos de la norma inconstitucional. Grupo que desgraciadamente es, cuantitativamente, el más importante.

D. Anhelos de una Corte de Constitucionalidad

De tiempo atrás, en la amplia doctrina constitucional mexicana, se ha venido proponiendo el establecimiento de una corte que se dedique a cumplir su elevada misión de intérprete constitucional, evitando así que se distraiga en la realización de tareas de diversas índoles. Así lo ha reconocido Tena Ramírez:

"Para devolver a la Corte su papel exclusivo de intérprete único de la Constitución, pero reconociendo a la vez el hecho indiscutible de la federalización (cabe decir, centralización) de la justicia, se ha propuesto la creación de un tribunal competente para examinar la inexacta aplicación de las leyes ordinarias".

"Pero el proyecto no ha prosperado,³⁴... la realidad mexicana ha exigido y ahondado este cauce original que recoge en su seno para llevarlas hasta la Suprema Corte, confundidas sus aguas, la materia ordinaria y la constitucional. Frente a este fenómeno, la misión de la teoría no debe consistir en pretender extirparlo, sino en dirigirlo."³⁵

Mucho se ha discutido sobre nuestro sistema dual, en el que coexisten facultades en el ámbito federal y local, considerando que la federalización de una facultad constituye una verdadera centralización de la misma.³⁶ Tena Ramírez nos redescubre la esencia de nuestro federalismo —referido a la función jurisdiccional— en los siguientes términos:

"Por lo que hace a lo judicial, la centralización se impuso a través del amparo, que se extendió por todo el país como medio el más idóneo y eficaz para proteger al individuo frente a las arbitrariedades de los gobernantes... la procedencia del amparo contra las leyes mismas y su ejecución, completó el cuadro de subordinación de la autoridad local

³⁴ No habiendo prosperado dicha propuesta. Ahora se ve, de alguna manera, colmada esa vieja aspiración con la reforma constitucional aprobada por el Congreso de la Unión.

³⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 480.

³⁶ Recuerdo en las aulas de la Escuela Libre de Derecho la insistencia con que repetía esta idea nuestro profesor Gustavo R. Velasco.

al juicio supremo de la justicia federal... ello fue sin duda en menoscabo de la pureza del sistema federal. Las circunstancias de la época así lo exigían, pero la ampliación de la esfera de la justicia federal quedó consumada desde entonces".³⁷

Para entender en su exacta dimensión lo dicho por Tena Ramírez, resulta indispensable remitir al lector al viril trabajo en el que se mencionó lo anterior. En nuestra opinión, la función de la Suprema Corte ha sido la de preservar la supremacía y majestuosidad constitucionales, condenando todo acto que la conculque.³⁸

Rabasa, al referirse a la Suprema Corte, estableció que es reguladora de la vida de la nación e intérprete único de los mandamientos de la ley fundamental y "todo lo que la desvíe de esa elevada función... no hará sino rebajar su alteza y acharrá al desprestigio".³⁹

Así pues, el anhelo de una Corte que se dedicara exclusivamente a la trascendental misión de ser intérprete constitucional, empieza a ser realidad con las sustanciales reformas propuestas por el Ejecutivo y aprobadas por el Congreso de la Unión.

III. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

Al hacer referencia a nuestro sistema de control de constitucionalidad, siguiendo a Tena Ramírez, dejamos establecido que el amparo debe ser analizado a través de la historia y con el auxilio del derecho comparado. Precisamente, como consecuencia de esa segunda recomendación y siguiendo la magistral obra de Hans Kelsen, daremos notas características que en opinión de tan destacado autor debe tener la Corte de Constitucionalidad.

Seguir a un autor y hacer una síntesis de su pensamiento entraña el riesgo implícito de desnaturalizar su opinión, razón por la cual inten-

³⁷ Tena Ramírez, F., "Del federalismo a la federación", *Revista Jurídica de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en ocasión del sexagésimo quinto aniversario*, México, 1977.

³⁸ En términos muy similares a los de Tena, se expresa Rabasa: "Todo lo contrario sucedió en México: la Corte cedió a la tentación de extender su poder y se empeñó en ampliarlo; consintió en declararse garante de todos los derechos civiles; federalizó el derecho común mediante las reglamentaciones sucesivas, multiplicadas y minuciosas que se prestó a hacer el Congreso, se arrebató a los jueces locales su jurisdicción privativa y a los Estados la garantía superior de la independencia federal".

"Será una verdadera desgracia para nuestras instituciones, que hayan perdido definitivamente los Estados su independencia judicial y la Nación la majestad de su justicia", *op. cit.*, pp. 219 y 221.

³⁹ *Op. cit.*, p. 194.

taremos ajustarnos lo más posible al autor, transcribiendo las citas o indicándolas en pie de página.

1. El problema de la regularidad jurídica

"La garantía jurisdiccional de la Constitución es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales".⁴⁰

Como consecuencia de las características constitucionales —supremacía y primacía—⁴¹ todos los órganos constituidos tienen la obligación de cumplir con el mandato constitucional, en la jerarquía normativa ya referida (supra A-5), esto se llama la regularidad en las funciones estatales, que en la medida en que va descendiendo reduce el espacio de la libertad de actuación del funcionario, observándose que el legislador se encuentra sometido a límites relativamente débiles y su poder de creación de normas es amplio.⁴²

2. Las garantías de regularidad

Regularidad —atendiendo a su etimología: *regula*: regla—, es lo que se ajusta a la regla y así descendiendo en la jerarquía normativa, la ley debe ajustarse a la Constitución, cumpliendo así con la regularidad. El reglamento ajustará su regularidad a la ley e indirectamente a la Constitución.

En caso de que no se haya cumplido con la regularidad debe existir instrumentos —de cualquier naturaleza jurídica— que restituyan dicha regularidad, que Hans Kelsen expresa así: "Estas garantías constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado en relación a la regularidad de los actos estatales en general".⁴³

⁴⁰ Kelsen, H., *op. cit.*, p. 472.

⁴¹ Para Kelsen la Constitución es "El asiento fundamental del Orden Estatal... señala principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras", *op. cit.*, p. 477.

⁴² *Ibidem*, p. 473.

⁴³ Esto ha dado motivo a un problema terminológico respecto al uso de la expresión "garantías individuales" utilizado por el constituyente. Algunos autores llegan a considerar que la verdadera garantía es el amparo por restituir en el derecho conculcado. Véase Castro y Castro, J., *op. cit.*, p. 26.

A. Su clasificación

Según Kelsen, las garantías pueden ser preventivas o represivas, personales u objetivas.

"Las preventivas tienden a prevenir la realización de los actos irregulares".⁴⁴

En tanto que las represivas reaccionan contra el acto regular una vez que éste se ha realizado.⁴⁵

Las garantías objetivas, que son de carácter represivo, pueden implicar la nulidad o la anulación del acto irregular.⁴⁶

La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo con sus consecuencias jurídicas. La anulación contiene, a decir verdad, diversos grados en cuanto a su alcance así como en cuanto a su efecto en el tiempo. Desde el primero de los puntos de vista, la anulación puede —es una primera solución— limitarse a un caso concreto.

Cuando se trata de un acto individual eso se sobreentiende pero no sucede así cuando se trata de una norma general.⁴⁷

"En cuanto a su alcance en el tiempo la anulación puede limitarse al futuro o, por el contrario, extenderse igualmente al pasado, es decir, con o sin efecto retroactivo".⁴⁸

3. Las garantías de la constitucionalidad

Para Kelsen, la regularidad es el género dentro del cual queda englobada la constitucionalidad, como forma específica de ser de la regularidad, y la Constitución misma establece estas garantías —no en el sentido que las utiliza el constituyente— entendidas como la manera de restablecer el orden jurídico regular.⁴⁹

Esta garantía de reparación del acto agresor de la Constitución y su supremacía tiene en Hans Kelsen características muy definidas, las cuales mencionamos a continuación:

⁴⁴ En la terminología administrativa, a la preventiva se le puede asimilar con lo que se ha dado en llamar "control de gestión".

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 482 y 483.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 483.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 486.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 487.

⁴⁹ Kelsen literalmente dice: "Entre las medidas técnicas que tienen por objeto garantizar las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y la más eficaz de la Constitución", *ibidem*, p. 489.

A. La jurisdicción constitucional

Kelsen recomienda que la garantía constitucional quede encomendada a un órgano estatal independiente, que resuelva sobre la anulación de los actos inconstitucionales, creando así una jurisdicción y un tribunal constitucional.⁵⁰

Por lo que se refiere a la anulación de las leyes —con las características asentadas— equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de la ley debe tener la misma característica de generalidad de la ley. Concluye Kelsen: "No siendo más que una confección con signo negativo".

Según Kelsen, la jurisdicción de constitucionalidad es una reafirmación de la vida democrática a través de la separación de poderes.⁵¹

La integración del Tribunal de Constitucionalidad se recomienda sea por un número reducido de miembros, dada la trascendental tarea jurídico-constitucional encomendada a este órgano.

B. El objeto del control de constitucionalidad

Para efectos de este párrafo, debemos aclarar que el objeto a que nos hemos de referir no debe entenderse en términos de finalidad sino de materia.⁵²

Son pues materia de la jurisdicción constitucional, en primer lugar, las leyes, mismas que constituyen su materia principal.⁵³

Las leyes son la principal —mas no la única materia— de la jurisdicción constitucional y deben aplicarse a los reglamentos, "que tienen fuerza de ley, (como) actos inmediatamente subordinados a la Constitución... entre estos reglamentos se encuentran, principalmente, los reglamentos llamados autónomos".⁵⁴ También se entienden incluidos los reglamentos heterónomos, cuya constitucionalidad es indirecta, a través de la ley.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 490. La independencia del órgano y la inamovilidad de sus integrantes son para Kelsen garantías preventivas de la regularidad en la actuación de los órganos del Estado *Cfr.*, op. cit., p. 483.

⁵¹ *Ibidem*, p. 492.

⁵² El objeto para estudio puede ser formal y material; a este se refiere esta parte del análisis.

⁵³ *Cfr.*, Kelsen, op. cit., p. 493.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 494. Para Kelsen, estos reglamentos participan de las mismas características de la ley, con la distinción del órgano que la emite y contra estos (reglamentos) deben dirigirse las garantías de constitucionalidad. *Cfr.*, op. cit., p. 478.

También los tratados internacionales deben quedar sujetos al control de la jurisdicción de constitucionalidad, como actos inmediatamente subordinados a la Constitución (ver artículo 133 constitucional).

Los actos individuales —mas no de los individuos— de todas las autoridades forman parte del objeto material del control de la jurisdicción constitucional.

C. El resultado del control constitucional

Como este control ha sido encomendado a un tribunal constitucional, el procedimiento de inconstitucionalidad debe culminar con una sentencia cuyos límites objetivos y subjetivos deben ser los siguientes:

- a) Debe tener fuerza anulatoria, aún cuando se refiera a normas de carácter general: leyes, reglamentos y tratados.
- b) La anulación debe reclamarse en un plazo determinado, a partir del momento en que inicia su vigencia la norma irregular.
- c) No recomienda Kelsen, en principio, darle efectos retroactivos a la anulación de normas generales, cuya anulación no implicará el restablecimiento del Estado de derecho anterior a la entrada en vigor de la ley anulada. La declaratoria de anulación va a implicar una esfera vacía de derechos.
- d) La anulación resuelta por el tribunal versará sobre una disposición específica de una ley o reglamento, mas nunca sobre la totalidad.

D. El procedimiento de control de constitucionalidad

Los principios rectores del procedimiento, según Kelsen, deben ser:

- a) No recomienda la acción popular, por considerarla de eventual uso —por no decir abuso— perjudicial; propone, como institución novedosa, un defensor de la Constitución ante el Tribunal de Constitucionalidad que, de oficio, iniciará el procedimiento contra actos considerados irregulares.
- b) En el procedimiento debe prevalecer la publicidad y la oralidad.
- c) La sentencia deberá pronunciar la anulación del acto de manera que parezca como la consecuencia del fallo mismo.
- d) Tratándose de normas que para iniciar su vigencia requieren de publicidad, debería publicarse de la misma manera que la

parte de la ley anulada y la anulación iniciaría su vigencia, después de su publicación.⁵⁵

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Esta reforma implica un cambio en la manera de manejar el control de la constitucionalidad y para los efectos de este trabajo, referido específicamente a las leyes,⁵⁶ a través de una nueva distribución de competencias.

La reforma que pretendemos comentar muestra una gran semejanza con la garantía de jurisdicción constitucional de Hans Kelsen, separándose de este modelo en cuestiones, aunque irrelevantes en apariencia, trascendentales para el control de la constitucionalidad, principalmente sobre las leyes.

1. La exposición de motivos

En la interpretación de las leyes— incluyendo la Constitución— se ha discutido si debe desentrañarse la intención de la ley misma o la que tuvo el legislador. Como la formación de leyes no es una actividad automática que se pueda delegar en un sistema de cómputo; sino por el contrario, es una tarea fundamentalmente humana —en la que participan los hombres con inteligencia y voluntad— nos deben interesar los argumentos que han tenido todas las personas que han intervenido en el proceso de confección de la norma. Así, no es necesario plantear la cuestión de si es la intención de la ley o del legislador lo que está sujeto a interpretación, sino que son ambos.

Partiendo del texto de la ley, si ésta no es suficiente iremos a la intención del legislador y de quienes intervienen en su confección para encontrarnos con la voluntad interna declarada de la norma.

Por los anteriores razonamientos, resulta conveniente analizar algunos aspectos relevantes de la exposición de motivos, referidos a la constitucionalidad de las leyes y su control.

⁵⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 506-510.

⁵⁶ Debe observarse que se hace referencia a una reforma, no a una transformación. Luego entonces, estamos en presencia de una redefinición del control constitucional de las leyes, mas no un cambio de forma.

A. La Suprema Corte como único y definitivo intérprete constitucional

La idea del Ejecutivo, como proponente de la modificación constitucional, implica la redefinición de la Corte a través de una nueva distribución de facultades para dejar a ésta la trascendental misión de ser el único y definitivo intérprete del orden normativo de primer nivel; leyes y reglamentos —tanto federales como locales— y tratados internacionales, juzgados a la luz de su constitucionalidad.

Con lo anterior se destaca y realza la noble función de la Corte, centrándola en su tarea de intérprete de la Constitución, viejo anhelo de destacados constitucionalistas, entre otros Rabasa, a quien ya hemos mencionado.

En virtud de la redefinición de funciones de la Suprema Corte, con toda convicción podemos decir que se logra el deseo de Lord Bryce:

"La Suprema Corte es la voz de la Constitución, esto es, de la voluntad del pueblo, de quien es expresión a su vez la ley fundamental que él ha votado. Es por ello la Corte, la conciencia del pueblo. Resuelto a preservarse a sí mismo de todo acto injusto e irreflexivo, el pueblo ha colocado por encima de sus mandatarios una ley permanente, que es el seguro de la minoría. Es esa ley la que la minoría puede invocar cuando está amenazada por la mayoría y es en la Corte colocada más allá de los asaltos de las facciones, donde encuentra su intérprete y su defensor. Para estar a la altura de tan importantes funciones, la Corte debe ser tan firme como la Constitución. Su espíritu y su tono deben ser los del pueblo en sus momentos más felices. Es preciso que resista a los impulsos transitorios y con mayor firmeza si aumenta en rigor. Amurallada detrás de defensas inexpugnables, debe al mismo tiempo desafiar los ataques abiertos de los otros órganos del gobierno y las seducciones, más peligrosas por impalpables, del sentimiento popular". En la *Republique Américaine*, París, 1900, tomo I, pp. 338 y 339.

B. La garantía de la regularidad

Es propósito específico de la modificación constitucional, expresamente formulado en la exposición de motivos,⁵⁷ establecer la regularidad

⁵⁷ Véase exposición de motivos, p. 8: "El control de la constitucionalidad es el juicio que permite afirmar la existencia de congruencia, formal y material, entre la norma interior y la norma suprema que es la Constitución".

en la actuación estatal estableciendo congruencia —y por ende constitucionalidad— absoluta entre la norma constitucional misma y las disposiciones normativas de primer nivel: leyes y reglamentos —federales y locales— y tratados, para continuar la regularidad a otras disposiciones y descender al acto concreto e individual de autoridad, de acuerdo al orden jurídico jerárquico, cuya regularidad en todos los niveles es garantía que preserva el orden jurídico, la seguridad y la paz social.

C. El órgano titular de la garantía de constitucionalidad

El sistema de jurisdicción de constitucionalidad propuesto por Hans Kelsen encomienda a un órgano de naturaleza jurisdiccional la resolución de controversias en las que habrá de resolverse sobre la supremacía constitucional.

Nuestro orden jurídico —incluso con anterioridad al Kelseniano— aporta el sistema propuesto y se reitera la voluntad de continuar ese esquema de funcionamiento, como lo deja establecido la exposición de motivos, renunciando a la estructuración de un órgano específico que tuviese dicha función.⁵⁸

D. Efectos de la resolución del tribunal de constitucionalidad

Hemos dicho —siguiendo a Tena Ramírez— que el amparo como forma indirecta de preservar la Constitución y su supremacía, debe ser entendido en el estudio de su historia.

En esa historia nuestra, escrita con sangre de grandes mexicanos, también tenemos aportaciones intelectuales de los forjadores del amparo y así, encontramos que en el Acta de Reformas de 1847, cuyo autor es Mariano Otero, establece un sistema de control de constitucionalidad con una doble característica: el primero para impugnar las leyes inconstitucionales y el segundo para los actos de aplicación individualizada de la norma al caso concreto. A pesar de lo anterior, inexplicablemente se ha transmitido a ulteriores generaciones, como la "fórmula Otero", de efectos particulares en cuanto a la sentencia de amparo (artículos 107-II constitucional y 80 de la Ley de Amparo), siendo que ésta es una parte de la fórmula indicada.⁵⁹

Sea por lo que fuere, nuestro sistema ha optado por establecer efectos particulares a la sentencia de amparo, sin importar la naturaleza

⁵⁸ Exposición de motivos, p. 9.

⁵⁹ Acta de Reformas, artículos 22 al 25.

del acto que se combate de inconstitucional, y así lo ratifica la exposición de motivos: "Al eliminar efectos generales a la sentencia de amparo, se evitan conflictos entre poderes y se afirma el principio de seguridad jurídica. . ." ⁶⁰

Resulta evidente que en este punto el control de constitucionalidad adoptado en México se aparta del modelo diseñado por Hans Kelsen. Cualquiera podría argumentar diciendo que es poca la diferencia o bien que no debemos hacer imitaciones extralógicas ajenas a nuestro orden jurídico.

Las anteriores consideraciones admiten opinión en contrario. La referencia es sustancial pues la actual estructura del amparo contra leyes establece, respecto de la misma ley, tres hipótesis distintas en sus destinatarios, lo que implica un tratamiento diverso a personas que son iguales —o deberían ser iguales— frente a la ley. Además, se ha considerado al rezago un obstáculo en la administración de justicia y ha sido fundamento de todas las modificaciones a la organización del órgano jurisdiccional federal, sin excluir la actual.

Desde el punto de vista histórico, sólo implica —en cuanto a los efectos de la resolución con independencia del procedimiento— darle plena vigencia a la "fórmula Otero" completa y no sólo parcialmente.

Así, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma tendría evidentes beneficios, entre los cuales debemos mencionar los siguientes: a). Los destinatarios de la norma tendrían todos ellos, un trato igualitario de equidad, logrando una mayor justicia, b). Ayudaría a resolver y aliviar de manera muy importante el problema del rezago.⁶¹

Pueden existir temores en torno a esta propuesta, uno de ellos sería dotar a la Suprema Corte de una facultad omnimoda. Sobre el particular es necesario mencionar que la Constitución yucateca de 1841 estableció en su exposición de motivos que el órgano judicial es el más sereno de los órganos del Estado y, Rabasa —por su parte— menciona que el Judicial es un órgano equilibrador de las funciones del poder público. Encontramos pues que el órgano Judicial debe ser sereno y equilibrador.

Por otro lado la historia, en materia de amparo contra leyes, nos demuestra que no se impugna en esta vía la totalidad de una ley, sino

⁶⁰ Página 10.

⁶¹ En torno al rezago, el C. Diputado Eduardo Valle Espinosa manifestó en el seno de las deliberaciones: "En aquellos días (1916) había 5,000 amparos en trámite ante la Suprema Corte de Justicia".

una disposición o algunas de ellas en términos generales.⁶² La tendencia en esta materia ha sido a dictar sentencias estimatorias.

Lo anterior demuestra que la Suprema Corte mexicana —además de serena y equilibradora— tiende a conceder el amparo cuando se impugnan disposiciones de algunas leyes, lo que demuestra una Corte vigorosa y dinámica lo cual permitirá implantar —a través del amparo contra leyes— un sistema de control de efectos generales.

Ya se mencionó en este trabajo que el amparo contra leyes se viene abriendo paso en nuestra legislación para ir evolucionando hacia una mayor perfección. La reforma que comentamos constituye un avance significativo, que puede en el corto plazo dar este paso en su perfectibilidad. Lo anterior no sólo es un buen deseo, sino una necesidad.

E. La integración del tribunal

Hans Kelsen ha propuesto que la Corte de Constitucionalidad, que habrá de conocer y resolver problemas de carácter jurídico, debe estar integrada por un reducido número de juristas. En este punto, nuestra Corte se aparta del esquema Kelseniano y conserva una Corte de veintidós ministros.

Las ventajas de la Corte de Kelsen es la mayor dificultad para la deliberación y discusión de sus integrantes en torno a las controversias planteadas a su jurisdicción y, de la misma forma podrán llegar a conclusiones sobre las mismas, con relativa facilidad.⁶³

La reforma hace conservar a la Corte su funcionamiento plenario y en salas. Rabasa encabezó en su época un movimiento en el que la Corte debía operar con un número reducido de integrantes y en forma plenaria, con objeto de conservar la unidad en los criterios de jurisprudencia; por lo cual resulta innecesaria una Corte de veintidós ministros, ya que ese número se podría reducir a once o nueve. No resulta aconsejable la existencia de salas. La especialidad atendiendo a materias no subsiste en una Corte de Constitucionalidad, pues ésta ya no tiene atribuciones en materia de legalidad, y lo único que subsiste es lo constitucional —por encima de lo inconstitucional— sin importar la materia.

Por analogía a lo antes apuntado, resulta adicional la designación potestativa de hasta cinco ministros supernumerarios en la Corte.

⁶² Véase Carpizo Jorge, "El Derecho a la Justicia", en los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano, México. Manuel Porrúa, 1979, tomo I, p. 267.

⁶³ En igual sentido se pronuncia Rabasa, op. cit.

⁶³ ^{bis} Diario Oficial de la Federación del 15 de febrero de 1988.

Dicha facultad potestativa para designar ministros supernumerarios es propia del Presidente de la República con la autorización del Senado o la Comisión Permanente según la época en que sea la proposición y dicha facultad ya fue ejercitada y la Suprema Corte en pleno, ha dictado un acuerdo mediante el cual se decide que dichos ministros supernumerarios integrarán la "Sala Auxiliar" y la competencia de ésta.

Indebidamente los ministros supernumerarios integran una Sala Auxiliar, siendo que su función debe ser suplir a los ministros numerarios en sus faltas temporales.

La integración de dicha Sala Auxiliar, con los ministros supernumerarios, da lugar a que las faltas temporales de los ministros numerarios no se suplan o se suplan con designaciones interinas, como actualmente ocurre con la licencia concedida al ministro numerario Leopoldino Ortíz Santos para hacerse cargo del Gobierno de San Luis Potosí, a quien interinamente lo suple el señor ministro Angel Suárez Torres.

Dicha Sala Auxiliar, desde su nombre, entraña la idea de un añadido carente de sustancia jurídica.

En suma, la Corte de Constitucionalidad, debería estar integrada por un número reducido de destacados juristas, quienes funcionarían de manera plenaria, para conservar la unidad jurisprudencial obligatoria para las autoridades administrativas, prescindiendo de las Salas y los ministros supernumerarios —si existieran, en todo caso— suplirían las faltas temporales de los numerarios y no deben integrar una "Sala Auxiliar".

V. LA LEY DE AMPARO Y EL AMPARO CONTRA LEYES

El esquema ya presentado y estudiado en líneas precedentes sustancialmente se conserva en la Ley de Amparo modificada y adicionada mediante decreto publicado en el "Diario Oficial" de la Federación, en su edición correspondiente al 5 de enero de 1988.

Ha quedado establecido que la impugnación de la Ley que el quejoso estima inconstitucional, puede hacerse —si la ley es autoaplicativa— dentro de los treinta días hábiles posteriores a la fecha en que inició su vigencia o bien dentro de los quince días hábiles posteriores a la fecha de notificación del primer acto de aplicación de la norma, (regla general).

Existe también la posibilidad para el quejoso de agotar los medios ordinarios de defensa —incluidos los previstos en la propia ley y, dado que sea el caso, la aplicación de la ley inconstitucional en una resolu-

ción definitiva⁶⁴ la impugnación de la ley que se estima inconstitucional se hará en la vía del amparo indirecto, mismo que deberá conocer la Suprema Corte de Justicia, en los términos de la Reforma Constitucional ya comentada. Sin embargo en la ley ordinaria aparece un elemento dislocador en el artículo 159 in fine, que establece el conocimiento de este amparo a los Tribunales Colegiados. Causa la impresión de que el Legislador Ordinario, de manera incomprensible pasó por alto lo ordenado por el Constituyente Permanente.

Para que la cuestión planteada pudiera ser del conocimiento de la Suprema Corte, se deberá aplicar el artículo 182 de la Ley de Amparo que establece la facultad que dicho órgano jurisprudencial tiene para atraer cualquier asunto, competencia de los Tribunales Colegiados, obsérvese que no puede la Corte atraer asuntos competencia de los Tribunales Unitarios y de los Juzgados de Distrito, luego entonces, la facultad atrayente de la Corte no es absoluta.

El procedimiento para la atracción indicada, lo precisa el propio ordenamiento invocado. La Suprema Corte de oficio puede decretar dicha atracción. Otra alternativa sería que el Procurador General de la República solicite a la Suprema Corte que ejercite esta facultad sobre la cual haremos algunas consideraciones. Finalmente, el Tribunal Colegiado que conozca de un asunto que, en su opinión revista singular importancia, podrá someter a la consideración del más alto tribunal el ejercicio de esta facultad.

El procedimiento antes esbozado, merece algunas consideraciones. La primera, el sistema cerrado o limitado de ejercicio de la facultad, debería de establecerse en un sistema abierto o liberal, sin que necesariamente, llegue a constituir una acción popular. La segunda consideración consiste en que, si el Procurador estimulado por un particular a través del llamado derecho de petición consignado en el artículo 80. Constitucional, puede resolver formular la solicitud a que se refiere la fracción II del artículo 182 de la Ley de Amparo o bien sólo responder al particular requiriente que decide no ejercitar dicha solicitud y si esta resolución es susceptible de impugnarse en la vía del amparo indirecto, todavía más si procede la suspensión respecto de un procedimiento de amparo que es de orden público, según definición jurisprudencial. En caso de no concederse la suspensión solicitada,

⁶⁴ Emitiéndose por resolución definitiva las descritas en el artículo 46 adicionado de la Ley de Amparo, en el cual se amplía el concepto para incluir aquellas resoluciones que, sin decidir el juicio en lo principal lo dan por concluido y respecto de las cuales las leyes comunes no conceden ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas.

dados los plazos para resolver por los Colegiados, se corre el riesgo de que la cuestión quede resuelta y, en consecuencia, se sobreesería el amparo indirecto promovido al efecto.

También relacionado con la anterior cuestión, resulta de interés conocer si la "solicitud" que formula el Procurador General de la República constituye un derecho de acción, o una solicitud sui generis,⁶⁵ que formula una dependencia del Ejecutivo al jurisdiccional. Como esta cuestión se trata de manera incidental, no es objeto directo e inmediato del presente trabajo, por lo que deberá ser objeto de otro.

La Ley de Amparo realiza avances operativos importantes en materia jurisprudencial, pero limita la obligatoriedad de la misma a las autoridades jurisdiccionales y excluye de ella a las administrativas, entre los avances está la publicación mensual de la gaceta del Semanario Judicial de la Federación que deberá contener las tesis jurisprudenciales del Pleno y las Salas de la Suprema Corte y de los Colegiados.

En el artículo 197 se plantea la contradicción de tesis jurisprudenciales indicando quiénes pueden plantearla, a diferencia del artículo 182 de la propia ley que indica quiénes pueden pedir el derecho de atracción de un asunto a favor de la Corte. En nuestra opinión la misma razón que existe para definir una contradicción jurisprudencial existe para que se solicite que un asunto sea del conocimiento de la Suprema Corte, a lo cual los romanos designaron como analogía y la enunciaban diciendo "ubi eadem ratio, idem jus", donde existe la misma razón, debe existir el mismo derecho.

La propia disposición confirma el criterio que la definición de la jurisprudencia, de ninguna manera implicará la modificación de las situaciones jurídicas concretas que dieran lugar a la jurisprudencia que no ha de prevalecer, debiéndose destacar que el precepto se refiere a "tesis" expresión que no es unívoca, sino que acepta dos acepciones. La ley por tesis puede significar ejecutorias o puede referirse a tesis jurisprudenciales. En nuestra opinión la ley se refiere a la segunda hipótesis, por los siguientes argumentos: en primer término si se tratara de una resolución singular, la hubiera identificado como ejecutoria. Segundo lugar, nuestro sistema de amparo en este punto concreto se adhiere al sistema casacionista francés en el que se busca,

⁶⁵ Generalmente, cuando no podemos definir la naturaleza jurídica, se recurre a la expresión antes indicada. Lo mismo cuando se pretende definir una posición con respecto a una cuestión en la que son antagónicas y nos pronunciamos por la posición ecléctica.

entre otras cosas, la unidad jurisprudencial y no la unidad de todos los criterios singulares que se puedan dictar por los Tribunales. Se debe distinguir la unidad jurisprudencial de la uniformidad de todos los criterios jurisdiccionales, la organización jurisdiccional no es monolítica, en la que se parte de la existencia de dogmas de los cuales no se pueden apartar; sino que, por el contrario, la fuerza del órgano jurisdiccional está en su vigor y es su dinamismo en el que coexisten lo único y lo múltiple.

Finalmente, y congruente con la facultad de la Suprema Corte de Justicia de atraer hacia sí la competencia de los asuntos que revistan singular importancia, se adicionó el artículo 84 fracción III de la Ley de Amparo en materia de Revisión ante los Tribunales Colegiados.

VI. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y EL AMPARO CONTRA LEYES

El Congreso de la Unión expidió una nueva Ley Orgánica para hacer efectivas las reformas constitucionales antes estudiadas y, mediante Decreto Promulgatorio del Ejecutivo Federal, se publicó en el "Diario Oficial" de la Federación, el día 5 de enero de 1988.

Dicha ley, en relación al amparo contra leyes, establece como competencia de la Suprema Corte de Justicia conocer del recurso de Revisión contra la sentencia del Juez de Distrito, en todos aquellos casos en que subsista el problema de constitucionalidad, tratándose de leyes federales o locales o un tratado internacional (artículo 11, fracción V, inciso A). Curiosamente esta disposición dejó fuera a los Reglamentos, tanto federales como locales que, en los términos de la exposición de motivos forman parte de la legalidad formal de primer nivel y que participan de las mismas características que la ley. La inconstitucionalidad respecto de los reglamentos fue dividida por materias por el legislador ordinario y dicha atribución la ejercerán las Salas de la Suprema Corte de Justicia, resultando de dudosa regularidad dicha atribución, aunque explicable tomando en consideración que la Suprema Corte —constitucionalmente— está integrada por veintiún Ministros y, a este cuerpo colegiado corresponderá la garantía jurisdiccional de los actos de primer nivel en la jerarquía de las normas (artículos 24-I, 25-I, 26-I y 27-I de la ley en comentario).

Estrictamente hablando, no existe ninguna otra disposición relativa al amparo contra leyes en la ley antes comentada. Mas sin embargo, resulta conveniente comentar las disposiciones relativas a la compe-

tencia territorial de los órganos de administración de dicha justicia constitucional.

Debemos partir de la idea de que la jurisdicción es única y que para su ejercicio se divide en competencias, fundándose al efecto en criterios de materia, territorio, cuantía o grado. La jurisdicción federal es precisamente de grado para distinguirla de la que tiene el carácter local y no existe la competencia por cuantía en las controversias constitucionales o federales. Así pues, esta jurisdicción se divide para su ejercicio en competencias por territorio y por materia.

La definición de la competencia por materia y por territorio, anteriormente estaba consignada en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Desde la reforma constitucional, se apunta la conveniencia de que esta definición sea de la Suprema Corte misma; con objeto de evitar la rigidez de la reforma legal y darle a nuestro máximo Tribunal la flexibilidad de definir la competencia por materia y por territorio, tomando en cuenta las necesidades del servicio.

Ahora, después de la reforma constitucional, la ley define como una atribución de la Suprema Corte establecer la competencia jurisdiccional por materia y por territorio. Hasta aquí el análisis de la reforma legal. Pero el estudio sería incompleto o chato si no se cuestionara la validez y viabilidad jurídica de dicha reforma.

Desde hace —aproximadamente— dos lustros los funcionarios de la administración de justicia, en unión de la administración pública, han venido presenciando con beneplácito la constitución de nuevos órganos jurisdiccionales federales.

Nuestra Carta Magna en su capítulo geográfico define a las partes de la federación, que son las entidades federativas, las cuales constituyen un Distrito, para efectos del amparo. Pero se ha visto que en los Distritos se aumentan el número de los jueces y, para cumplir con la aspiración multiplicadora, en ocasiones se han llegado a dividir los juzgados por materia.

La sorpresa la encontramos en los Circuitos. Los Tribunales Colegiados de Circuito aparecen en la Constitución y en la ley con motivo de la Reforma del año de 1950, a la que después se le designó como la Reforma Alemán, por haber sido propuesta por el valeroso y patriota Presidente de la República, don Miguel Alemán Valdés. En ese momento histórico los Circuitos son unos cuantos, pero de unos años a la fecha, hemos venido presenciando que —en forma innecesaria— aumentan los Circuitos en los que se divide la competencia territorial, parece ser que la tendencia consiste en que haya tantos

NOTAS PARA LA REGULACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA EN EL DISTRITO FEDERAL

Miguel ALESSIO ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos.* III. *El concepto de propiedad originaria y problemas conexos.* IV. *Problemas derivados del Derecho positivo.* 1. *Ley de Terrenos Baldíos, Nacionales y Demasías.* 2. *Ley General de Bienes Nacionales.* 3. *Posesión apta para prescribir.* 4. *La información de dominio.* 5. *Los bienes vacantes.* 6. *La inmatriculación administrativa.* V. *Conclusiones y proposiciones.*

I. INTRODUCCIÓN

No he encontrado mejor oportunidad para romper un breve lapso de silencio en el desarrollo de las tareas de investigación a que estamos obligados quienes tenemos la responsabilidad de impartir clases en esta institución, que aquella derivada de los siguientes tres motivos: el extraordinario trabajo de investigación presentado por el licenciado Martín Díaz y Díaz, en torno al proceso constitucional del derecho de propiedad;¹ la falta de un proceso normativo uniforme que regule adecuadamente el problema de la tenencia de la tierra, fundamentalmente la urbana, en el país y concretamente en el Distrito Federal; y, derivado de lo anterior, las recientes reformas al Código Civil para el Distrito Federal, en el título correspondiente al Registro Público, con el fin de regular el proceso de inmatriculación o primera inscripción de la posesión o del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles.

Es indudable que uno de los más álgidos problemas a resolver para los habitantes de esta ciudad, es la falta de seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, provocada por un desmedido crecimiento de los asentamientos humanos, que tiene su causa en una severa crisis política-económica tendiente al centralismo y que paradójicamente produce la necesidad, ineludible al corto y mediano plazo, de ofrecer en el plano de la realidad satisfactores inmediatos a la creciente demanda de vi-

¹ "El proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano". En *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ELD, Núm. 11, México, 1987, pp. 189-251.

vienda. Éstas, las causas reales del problema, han provocado una serie de medidas administrativas, exitosas en algunos casos como los programas de renovación habitacional llevadas a cabo por el gobierno de la entidad, y poco afortunadas en otros, como los programas de inmatriculación administrativa; todas ellas confluyen en ocasiones en detenciones y ocupaciones de inmuebles que demandan planteamientos específicos y soluciones adecuadas para regular lo existente y evitar que trascienda.²

En el plano del orden normativo tendiente a regular el problema, la evidente falta de cumplimiento de sus últimos fines, no sólo tiene por origen el incoherente conjunto de disposiciones secundarias que han impedido la aplicación de las instituciones jurídicas tradicionalmente consideradas aptas para el efecto, como lo es el caso de la prescripción positiva o sucapción, sino un absoluto olvido del estudio del derecho constitucional en materia de propiedad y, como consecuencia, de las leyes federales correspondientes.³

Al margen de ubicar el objeto de estas notas en el análisis del derecho positivo que sienta las bases del actual desconcierto y de proponer puntos de partida, conviene dejar precisados algunos de aquellos fines últimos tendientes a dar seguridad jurídica en la tenencia de la tierra urbana. Ante todo debe reconocerse que las relaciones de propiedad, desde la Colonia hasta nuestra actual forma de Estado, "... han constituido un factor determinante en el modo específico de organización y distribución del poder",⁴ y que éstas (las relaciones de propiedad) "... cambian cuando se transforma la distribución social de los espacios económicos y de los recursos apropiables..."⁵ lo que tiene como consecuencia la reivindicación por parte del estado de la dirección del proceso económico y de dichos recursos, ocasionada por la desvirtuación del mercado liberal en virtud del monopolio o por la falta de correspondencia "... a las condiciones históricas propias de un medio social de características premodernas. La "anticipación legislativa" que los liberales mexicanos buscaron con la normatividad racionalista, devino siempre en desaguado respecto de las circunstancias mexicanas..."⁶

² Colín Sánchez, Guillermo. "La regularización de la tenencia de la tierra y el Registro Público de la Propiedad". En *Ponencia. 3er. Congreso Nacional de Derecho Registral*. Dirección General del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal. México. 1978, pp. 19-21.

³ Díaz y Díaz, *ob. cit.* (1), p. 195.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ *Idem*, p. 198.

⁶ *Idem*, p. 199.

En el plano de los fines estrictamente políticos, resulta claro que el orden normativo, desde la cúspide hasta la ley secundaria, ha tenido relevancia en el control de los factores reales de poder relacionados con la propiedad. El propio Díaz Díaz lo plantea en los siguientes términos: "También se admite que en situaciones particulares el orden jurídico como modelo idealizado de conducta, con el respaldo de la fuerza coactiva del estado, puede servir como mecanismo de inducción y como plan político de conformación estatal. Quizás éste sea precisamente el caso mexicano".⁷

Decía líneas arriba que el objeto de este estudio es un somero análisis de las disposiciones jurídicas, tanto federales como locales, que regulan el problema de la tenencia de la tierra urbana mediante el régimen de propiedad privada, y el de dotación de vivienda para satisfacer esa necesidad primaria. Para tal efecto, a continuación quedará planteada mi opinión respecto a la interpretación y consecuencia de tales disposiciones, para estar en posición de proponer las reformas necesarias a efecto de unificar el criterio a sostenerse en las leyes secundarias, a la luz de la interpretación que se dé al artículo 27 constitucional.

El punto medular de toda la problemática jurídica de la regulación de la propiedad urbana, tanto privada como pública, ciertamente se centra en la resolución que para efectos prácticos se dé al concepto de propiedad originaria del Estado y a la naturaleza jurídica de sus derechos. Casi podría afirmarse que la discusión constitucional y, como consecuencia, la línea de interpretación para las leyes ordinarias quedaría precisada si se adecuaban a los textos normativos o a las líneas de interpretación los conceptos de "imperium" y "dominium" sobre el territorio.

El maestro Tena Ramírez lo planteó en los siguientes términos:

"Ahora bien; el poder coactivo del Estado, así limitado espacialmente, no cabe duda que se ejercita sobre las personas, qué potestad le corresponde al Estado sobre el territorio? En este punto difieren los criterios. Para Jellinek, en un extremo, jamás puede el Estado directamente, sino por mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio, y al efecto distingue entre *dominium*, derecho de propiedad que no corresponde al Estado e *imperium*, que es el poder de mando del Estado, sólo referible a los hombres. En el extremo opuesto Laband considera que existe cierta analogía entre el derecho del Estado sobre el territorio y el derecho de propiedad, al primero de los cuales llama

⁷ *Idem*, p. 194.

un derecho real de naturaleza pública. Para Ronelletti, en una posición intermedia, una cosa es el señorío o potestad suprema del Estado sobre todo el territorio nacional, y otra cosa el derecho de propiedad que corresponde al Estado sobre determinadas fracciones del dicho territorio (calles, plazas, ríos, zona marítima, fortalezas, etcétera). En el campo del derecho constitucional pensamos que la solución debe darla el legislador de acuerdo con los antecedentes históricos y las necesidades del país para el cual legisla".⁸

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El proceso histórico del orden normativo en la materia es producto necesario de las distintas alternativas políticas y económicas por las que ha caminado nuestra nación. Así, las distintas interpretaciones legislativas y doctrinarias al orden constitucional en materia de propiedad pública y privada, han tenido como base primaria la posición económica deseada para el Estado, proponiendo desde el intervencionismo directamente creador de bienes y servicios y, como resultado, un Estado con propiedad pública genérica, hasta un liberalismo económico, con un Estado vigilante y regulador, y una propiedad privada productora y con tendencia al monopolio, pasando por un Estado de "economía mixta" con propiedad pública y privada concomitante.

En la otra base de interpretación, el proceso de las relaciones de propiedad ha tenido como sustento las distintas formas de utilización de la tierra como recurso y las diversas formas de explotación de ésta como factor real de poder. Para nadie es un secreto el fracaso económico del ejido como sistema legal de tenencia de la tierra rural y su relativo éxito como factor de poder; podría incluso decirse en este punto que el valor político superó a los principios y fuentes históricas directas: la tierra no es de quien la trabaja.

Me parece que estas conclusiones específicas derivan del amplio análisis que todos los tratadistas de la materia han realizado en torno a la historia del país. En esencia el derecho ha sido manejado sin principios rectores, en aras de aquellas alternativas económicas y políticas. Sólo como guía y referencia, haré un resumen de aquellos análisis que motivan dichas conclusiones.

Significativa resulta la interpretación histórica de la actitud de la Corona Española frente a la propiedad de los conquistados, por cuanto que reconoce a la ocupación como forma originaria de adquirir la pro-

⁸ *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, 16a. Ed. México, 1978, p. 186.

iedad y a ésta como anterior a la colonia. "Lejos pues, de que los españoles despojaron a los indios, fueron ellos los que introdujeron la noción misma del derecho de propiedad, por una generalización que ellos hicieron, y el indio, sacando de ello todo el provecho que le fue posible, a veces exageraba el alcance de tal derecho, y a veces lo descuidaba. El problema de la propiedad territorial del indio (...) la ley zanjó la dificultad en beneficio del indio, reconociendo como derecho de propiedad cualquier apariencia de dominio, aun el que pudieran pretender tribus errantes, y aunque no pudieran señalarse límites fijos. No sólo las leyes de Indias en constantes y nunca contradichas disposiciones sostienen la conclusión de que el Rey de España siempre consideró que el título del indio a la tierra era anterior y, por lo mismo, superior al del propio rey; sino que los documentos de la época virreynal no dejan de ello lugar a duda".⁹

Sin embargo, las circunstancias reales no fueron propicias para sentar una situación clara; las vicisitudes políticas y económicas de la época no permitían una colonia respetuosa del derecho de propiedad nativa y propiciaron para la Corona un factor real de poder instrumentado por las mercedes reales.¹⁰

Resulta tradicional la consideración histórica del origen de la propiedad de la Corona. La bula de Alejandro VI, cuya autoridad moral resultó en la época indiscutible, parece fundar una propiedad absoluta respecto de los territorios conquistados. No obstante, ya desde entonces parecen deslumbrarse conceptos poco ortodoxos en términos de propiedad románica, y sólo quedan claros, con los matices apuntados, la propiedad originaria de los conquistados, por virtud de la ocupación, y la propiedad que ya desde entonces podía considerarse como derivada, se encontraba limitada por el derecho ajeno, dogma siempre liberal que en mi opinión es un antecedente político-jurídico, con idéntico significado, del concepto de "función social de la propiedad".¹¹

Al margen de las anteriores consideraciones y no obstante ellas, resulta fundamental la interpretación histórica que considera a todos los baldíos como propiedad de la Corona. "...se trató de ordenar la titulación de la propiedad que había llegado a un alto grado de confu-

⁹ Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, t. III, p. 175.

¹⁰ Colín Sánchez, *op. cit.* (2), p. 14. En el mismo sentido y adicionalmente en lo referente al origen y causas de la propiedad eclesiástica ver Díaz y Díaz, *ob. cit.* (1), pp. 200-201.

¹¹ Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Ed. Porrúa, 19a. Ed. México, 1979, pp. 360-362.

sión... y para tal efecto se expidieron diversas disposiciones, de las que sin duda la más importante es la consignada en la Real Instrucción de 15 de octubre de 1754 que precisó las autoridades que deben intervenir en la venta y composición de las tierras y baldíos pertenecientes a la Corona y que estableció las bases para determinar la legalidad de los diversos títulos que hubieren sido extendidos antes y después de la propia Real Instrucción".¹²

El hecho de que la Nación, es decir, los Estados Unidos Mexicanos, como país independiente, haya sustituido a la Corona en los derechos de propiedad pública sobre el territorio, es mayoritariamente aceptado por la doctrina. Las atribuciones para conferir derechos derivados en base a las disposiciones coloniales que continuaron vigentes correspondieron a los Estados, lo que originó graves confusiones en lo concerniente a la titulación de la tierra.¹³ Sin embargo, la Constitución de 1857 pone fin a esta situación, facultando al Congreso de la Unión para legislar sobre terrenos baldíos (artículo 72-XXV). Las leyes que en base a tal atribución se emitieron posteriormente dejan claramente asentado, en mi opinión, que la propiedad de todas aquellas tierras no pertenecientes a los gobernados por título originario o derivado, es decir, los denominados baldíos, pertenecen al país. La ley del 22 de julio de 1863 sobre ocupación y enajenación de baldíos se esforzó por evitar la concentración de la propiedad, con obligación de poblar o cultivar y "...procuró que la nación titulara debidamente la propiedad..."¹⁴ La ley de colonización del 15 de diciembre de 1883, tiende a crear medidas para una eficaz transmisión de baldíos a los particulares.¹⁵ El artículo 2o. de la Ley sobre Ocupación de Terrenos Baldíos de los Estados Unidos Mexicanos, del 21 de marzo de 1874 estableció: "Son baldíos todos los terrenos de la República que no hayan sido destinados a un uso público, por la autoridad facultada para ello por la ley, ni cedidas por la misma a título oneroso o lucrativo, a individuos o corporaciones autorizadas para adquirirlo".¹⁶

En el plano social y al margen de los fundamentos filosóficos o jurídicos que respecto a las tierras aún no apropiadas u ocupadas pudieran emitirse, resulta evidente que los factores políticos que impe-

¹² *Idem*, pp. 360-361.

¹³ *Idem*, pp. 362-363. En el mismo sentido: Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 9a. Ed. t. II, México, 1979, pp. 205-206 y Colín Sánchez, *ob. cit.* (2) p. 15.

¹⁴ Serra Rojas, *ob. cit.* (13), p. 207.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ *Idem*, p. 208.

raron en la época fueron causa no sólo del desequilibrio económico, aún en vigencia, sino de la actual inexistencia de reglas primarias que señalen directrices claras a la legislación ordinaria, tanto en materia de propiedad pública, como en lo referente a la propiedad privada y agraria. La política de las autoridades coloniales en cuanto se refirió al otorgamiento de mercedes reales o, digamos en términos jurídicos actuales, a la constitución de la propiedad privada a partir de la originaria, constituyeron "un sistema verdaderamente feudal"¹⁷ que provocó la amortización eclesiástica. Ésta por su parte no logró sus fines, porque se presentó en una época liberal, anticipada a las necesidades reales del país. La Ley de Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas Propiedad de Corporaciones Civiles y Religiosas tuvo como fin la destrucción del clero y no la de llevar a la práctica una reforma social de efectos trascendentales.¹⁸ "Ello provocó que la propiedad "desamortizada" viniera a manos de los criollos, o a quedar equiparada, por lo menos, a la gran propiedad criolla virreyenal".¹⁹ La Ley de Nacionalización de los Bienes del Clero Secular y Regular es más severa contra la iglesia como enemigo político, pues aniquila su capacidad para convertirse en titular de los bienes en que fundaba su poder. "Cabe aclarar que en esta realización parcial de los bienes "nacionalizados" no se repartieron con un criterio que permitiera formar una sociedad de pequeños productores, como repitió hasta el cansancio el estribillo del discurso liberal... Los latifundios se conservaron aunque ya no en manos eclesiásticas".²⁰

La dictadura porfiriana, aunque carente de democracia, logró mejorar los objetivos de la política liberal que le precedió, a costa de una desmedida apertura a la inversión extranjera directa. "El Estado porfirista arbitró con largueza el proceso de privatización de la tierra, de los minerales, del petróleo, del agua, del transporte y, en general de todo aquello que representó oportunidades vivas de multiplicación geométrica a los recursos invertidos".²¹

La Constitución de 1917 contiene una severa reacción a ese proceso de desnacionalización, reconoce la propiedad privada previa al nacimiento del Estado y establece la atribución a éste por conducto de sus órganos de poder competentes, de constituirla derivativamente;

¹⁷ Colín Sánchez, *ob. cit.* (2), p. 16.

¹⁸ Díaz y Díaz, *ob. cit.* (1), p. 203.

¹⁹ *Loc. cit.*, citando a Molina Enríquez, Andrés, *Juárez y la Reforma*, México, Ed. Libro Mexicano, 1958, esp. cap. II.

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ *Idem*, p. 208.

afirma la propiedad pública directa y la sujeta a concesión y complica las bases de la propiedad o tenencia agraria, con fines revolucionarios en principio y trastocados en sus fines políticos y económicos después, hasta convertirse en un factor de poder debilitado por su carente efectividad como sustento de mecanismos de producción. En el punto fundamental de estas líneas, ciertamente nuestro máximo ordenamiento afirma sin más que la propiedad originariamente pertenece a la nación, pero la interpretación de esta regla, desde los conceptos mismos, hasta sus consecuencias jurídicas y políticas, ha sido contradictoria. Como se verá más adelante, el análisis que desde su creación han recibido los conceptos de "propiedad originaria" y "nación", su manejo político y su aplicación jurídica no han sido uniformes y han sido causa de leyes ordinarias contradictorias que poco han servido de sustento para ejecuciones administrativas eficaces, tendientes a ordenar el problema real vigente: la titulación jurídica de la tierra urbana.

III. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD ORIGINARIA Y PROBLEMAS CONEXOS

La regulación de la conducta o función de la autoridad administrativa en torno a su atribución para resolver el problema latente para el gobernado de la falta de seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, evidentemente parte del principio constitucional contenido en el artículo 27. La propiedad corresponde originariamente a la Nación y a ésta la facultad de transmitir el dominio a los particulares constituyendo la propiedad privada. He reiterado que la falta de reglas uniformes en la interpretación de esta norma primaria, ha causado desconcierto en las leyes ordinarias que regulan la titularidad de los bienes susceptibles de ser adquiridos derivativamente, o en forma primaria por los particulares y, como consecuencia, de las disposiciones legales que en forma secundaria ordenan los satisfactores naturales del hombre en función de la necesidad individual y social de permanencia en un lugar determinado. Así, las leyes ordinarias federales no son uniformes en cuanto a la naturaleza del "derecho" de la "nación" sobre aquellos bienes que no han sido "reducidos" a propiedad privada, ni son bienes sujetos al régimen agrario vigente, ni son bienes propiedad de la administración pública federal. En el segundo plano, a pesar de la clara tendencia de las reglas civilistas del Código de 28-32, la interpretación de conceptos tales como "justo título", "concepto de dueño", y "usucapión" o "prescripción positiva", han sido interpretados equivocadamente a raíz de tal desconcierto.

Debe sin embargo tomarse en cuenta que los estudios que respecto al concepto mismo han sido elaborados, parten de la base de la existencia de tal concepto, algunos profundos en cuanto se refieren a los aspectos políticos e históricos de su formación y desarrollo y, otros, por lo que toca a su interpretación jurídica, pero ninguno ha propuesto la supresión de la norma constitucional o siquiera su reforma. El concepto de propiedad originaria es, en consecuencia, en sí mismo válido; sólo requiere de normas de interpretación uniforme para de ahí partir hacia reglas de conducta, tanto del poder público como de los particulares, que cumplan con el primer principio: seguridad jurídica en la tenencia de la tierra y en los medios para obtener su propiedad, en forma originaria vía la ocupación, posesión y prescripción o como consecuencia de transmisiones de dominio por parte de su dueño original.

Se imponen las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué se entiende por Nación?
2. ¿Los bienes, propiedad originaria de la nación son susceptibles de ser adquiridos por los particulares vía las reglas tradicionales de derecho civil?, y se justifica que la "nación", como su actual titular, las transmita a los particulares para crear, originalmente, la propiedad privada?

Para resolver estas cuestiones imperan quizá prejuicios civilistas, porque, como se pretende demostrar, de haberse tomado en cuenta raíces filosóficas e históricas en forma más o menos uniforme, las reglas de derecho tendrían tal característica y, como consecuencia, claramente definido el bien jurídico protegido o causa de ser de las mismas. "Por más que se abogue en favor del carácter convencional del orden jurídico siempre tendremos que regresar por la vía de los argumentos de su eficacia como lo hizo Kelsen, al reconocimiento de su conexión con la sociedad y de su función institucional específica".²²

Parece difícil resolver la primera cuestión. El concepto de nación ha sido objeto de polémica, como tal o como equivalente a los de Estado o Federación. A la luz de la posición iusprivatista, debería anteponerse al principio de que sólo una persona, real (física) o jurídica (moral) puede ser titular de derechos en el orden interno y desde ese punto de vista tal persona es la Nación, incluso a la luz del derecho positivo (artículo 25 del Código Civil). En el plano internacional, tal persona es los Estados Unidos Mexicanos, concepto que en el plano de la ortodoxia debe sostenerse como denominador de la persona ju-

²² Díaz y Díaz, *ob. cit.* (1), p. 193.

ridica, porque ni el concepto sociológico de nación, ni el político-administrativo de federación, son aceptados en sí mismos por la técnica jurídica en el plano del derecho internacional ni en el plano de la confusión interna.

Andrés Serra Rojas no se detiene en la diferencia de los conceptos, dando como válida la equiparación apuntada. "La Constitución Mexicana define la naturaleza del derecho que la nación tiene sobre su territorio y todos los bienes que en él se encuentren. Es al Estado en su totalidad, como persona jurídica general, a la que se le asigna la titularidad de la propiedad sobre el territorio y no en particular a la Federación, a las entidades federativas o a los municipios. En la propia Constitución hay un concepto bien definido (artículo 27, párrafo séptimo, fracción II) que expresa: La nación representada por el gobierno federal". . .²³

El estudio de las causas históricas y filosóficas del actual contenido del artículo 27 constitucional, debe centrarse en la polémica liberal Wistano Luis Orozco-Andrés Molina Enríquez,²⁴ quienes en sus propuestas "...barajaron los parámetros teóricos que van de la fe absoluta en el papel transformador de los principios liberales —Orozco—, al convencimiento de la necesidad de la violencia y la revolución para impulsar el proceso de cambio que las relaciones de propiedad ameritaban en nuestro país —Molina—".²⁵ "Molina confía más en la fuerza efectiva de los hechos —la revolución y el poder autoritario del Estado— que en la magia evocadora de los principios y los derechos abstractamente consagrados... El reconocimiento de la función del Estado como componedor de las relaciones de propiedad y como impulsor del desarrollo en defecto de los grupos privados, es uno de los elementos medulares en la rectificación que el Constituyente de Querétaro realiza respecto de la Constitución de 1857".²⁶

En el plano de la discusión filosófica, Díaz y Díaz sostiene que la atribución de tierra a la nación es "...una negación rotunda del origen natural e individual que el iusnaturalismo confirió a la propiedad",²⁷ aunque acepta con Rousseau la vigencia de la propiedad privada como fórmula de desarrollo social (yo añadiría, incontrovertible en el plano

²³ *Ob. cit.* (13), p. 129.

²⁴ Díaz y Díaz, *ob. cit.* (1), pp. 211-214.

²⁵ *Idem*, p. 211.

²⁶ *Idem*, pp.218-219.

²⁷ *Idem*, pp. 217-218.

de la realidad, con esas características, privada y base de desarrollo), pero subordinada a valores superiores en beneficio de la comunidad.²⁸

El análisis de la naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre las tierras, parece centrarse en la posibilidad de considerarlo simplemente como el mismo derecho subrogado de la Corona o como un derecho de naturaleza distinta, transformado por el hecho generador de la independencia. Ciertamente la primera consideración ha tenido alcances meramente dogmáticos y encuentra un obstáculo serio. La facultad del soberano para conferir mercedes sobre tierras, presenta argumentos absolutistas que contradicen el carácter individual limitado de la propiedad privada. Por otro lado, en esa línea se presentan opiniones que no dan a la propiedad originaria un contenido jurídico y limitan su utilidad a los planos políticos y económicos. El propio Díaz y Díaz sostiene que a la luz de la tesis de Molina, la atribución del Estado no deviene de las facultades de la Corona como pretende Pastor Rouaix, sino de la evocación de "...una fórmula de control de recursos fundarios, la cual, refuncionalizada, continuaría teniendo vigencia en el nuevo orden constitucional";²⁹ en su opinión, el concepto de propiedad originaria sólo existe como una forma ideal de propiedad, para que los recursos apropiables se repartan en propiedad privada, dominio directo y propiedad agraria.³⁰

El maestro Tena Ramírez por su parte considera que la interpretación que debe darse al texto constitucional es la de haberse otorgado al Estado sobre su territorio un derecho real de naturaleza pública, considerando previamente como desafortunada la invocación del antecedente absolutista, para la adaptación de una tesis revolucionaria.³¹

Los administrativistas mexicanos se inclinan por esta tesis y en forma global enseñan datos que permiten sentar bases definidas para uniformar la legislación en materia de baldíos. Andrés Serra Rojas considera al Estado como la persona jurídica titular del derecho de propiedad sobre el territorio, y lo define como "...un derecho real institucional o con mayor extensión en pleno derecho de propiedad definido y depurado por el derecho internacional, si nos atenemos a su sentido moderno... En conclusión, el Estado tiene un derecho real de propiedad sobre su territorio regido por principios de derecho público interno y externo".³² Más adelante, marginando el análisis de la transición del

²⁸ *Idem*, pp. 218-219.

²⁹ *Idem*, p. 223.

³⁰ *Idem*, p. 229.

³¹ *Op. cit.*, (8) p. 187.

³² *Op. cit.*, (13) p. 129.

derecho de la Corona al de la Nación sostiene: "La propiedad del Estado mexicano corresponde originariamente a la nación, es decir, es una propiedad que nuestra organización política recibe por derecho propio, fundado en la tradición jurídica nacional, para crear instituciones jurídicas adecuadas y fijarles los caracteres que estén más de acuerdo con nuestra manera de ser".³³ En el mismo sentido interpreta el doctor Gabino Fraga, cuando analiza las disposiciones legales sobre baldíos.

En el plano del derecho comparado, aparece más clara la idea del sujeto y objeto del derecho sobre los bienes que no tienen el carácter de propiedad específica o derivada. En Alemania, por ejemplo, Otto Mayer la establece en los siguientes términos: "El desarrollo de la idea del Estado como persona moral debió introducir en estos conceptos cambios profundos. . . El Estado reemplaza al príncipe en su calidad de propietario de las cosas públicas. . . La idea no desaparece sin vacilaciones, transiciones dilatorias y hasta recaídas".³⁴ Este es en mi opinión, precisamente el caso mexicano. Como más adelante será analizado, reconociéndose casi en forma unánime un derecho real de propiedad del Estado respecto de los bienes que no han salido de su patrimonio para constituir propiedad privada o agraria, la práctica administrativa tendiente a resolver el problema de dotación de vivienda y de falta de seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, ha intentado caminos equivocados debido a la confusión originada por la legislación federal en la materia. Como en el caso del derecho alemán, aunque con otra terminología, puede válidamente señalarse que los bienes del Estado, se clasifican en dos grandes grupos: los bienes "fiscales" y los bienes "administrativos". "Los primeros sólo proporcionan recursos pecuniarios; pertenecen de manera tan evidente a la esfera del derecho civil que no pueden dudarse de ello." Los segundos son aquellos al través de los cuales la Administración Pública cumple con sus fines.³⁵ Como consecuencia, cuando el bien no ha tenido el destino de cumplir con una función pública o cuando deja de tenerlo ". . . puede perder la condición de cosa pública y por esto mismo la propiedad del Estado deja de ser propiedad pública. Entonces se aplicará pura y simplemente el derecho civil."³⁶ En el caso mexicano, también como se analizará más adelante, la falta de las medidas administrativas a que antes me he referido y la

³³ *Idem* p. 202.

³⁴ *Derecho administrativo alemán*. Tomo III, Parte Especial, *El Derecho Público de las Cosas*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1951, p. 96.

³⁵ *Idem*. p. 112

³⁶ *Idem*. p. 156.

implantación de otras poco ortodoxas respecto a técnica jurídica, no derivan precisamente del conocimiento de tal naturaleza del derecho sobre los baldíos, sino del desconcierto derivado de la legislación federal en la materia, o de su indebida interpretación. En efecto, los bienes propiedad originaria de la nación deben estar regulados por la Ley de Bienes Nacionales, que sólo se refiere a aquellos que cumplen una función pública. De esta forma, se encuentran sujetos a un régimen distinto, que ha sido regulado por las distintas legislaciones sobre baldíos, de donde parte la confusión.³⁷

El régimen civilista de los baldíos ha sido también aceptado por la doctrina mexicana. Gabino Fraga lo reconoce al analizar la ley en vigor sobre baldíos;³⁸ Andrés Serra Rojas, aludiendo a las tesis de propiedad o dominio público, imperium, dominio eminente y de ámbito de validez que el Estado puede ejercer sobre su territorio, concluye que éste tiene un derecho de propiedad³⁹ y puede transmitirlo a personas privadas nacionales y regular su apropiación por extranjeros.⁴⁰ Por último, el maestro Serra Rojas aporta un dato importante para los fines de este estudio; considera como bienes del dominio privado de la Federación (Estado), a todos aquellos de su propiedad no catalogados como de dominio público y sujeta a un régimen jurídico semejante al de los bienes de los particulares; dichos bienes no están afectos a una función pública y, por tanto, tienen un carácter transitorio, debiendo el Estado desprenderse de ellos.⁴¹

IV. PROBLEMAS DERIVADOS DEL DERECHO POSITIVO

La evolución de las funciones del gobierno del Estado más o menos intervencionista, como extensión de su carácter regulador de la actividad privada y como consecuencia de la necesidad de regular un reparto equitativo en la distribución de la tierra, recurso primario de toda sociedad, no sólo en el nivel productivo, sino incluso en la incidencia de desequilibrio que puede tener frente a la necesidad habitacional, queda imbuida en la titularidad del propio Estado del derecho sobre bienes no ocupados y en su facultad de regular equitativamente la distribución de tales bienes para cumplir con los fines señalados.⁴²

³⁷ Ver Fraga, Gabino, *op. cit.* (11), p. 359.

³⁸ *Idem*. p. 365.

³⁹ *Op. cit.*, (13) pp. 130 y 133.

⁴⁰ *Idem*. p. 134.

⁴¹ *Idem*. p. 197.

⁴² Díaz y Díaz, *op. cit.* (1), pp. 207 y 217.

En la medida en la que las disposiciones legales contengan mecanismos administrativos simples con las que el Estado, al través de sus órganos de poder, pueda alcanzar dichas metas, aquellos serán eficientes. Para ello, es necesario tener presentes principios jurídicos que contemplen bienes jurídicos que recojan ambas necesidades: resolución al problema habitacional y seguridad jurídica en la tenencia de la tierra. En mi opinión, tales primeros principios y últimas consecuencias, pueden lograrse con una legislación secundaria uniforme y adecuada, sin recurrir al expediente de conferir a la autoridad administrativa mayores facultades discrecionales que las derivadas del análisis de la necesidad y de la opción en los satisfactores, respetando como consecuencia el principio de legalidad, base cardinal de nuestro estado de derecho.⁴³

1. Ley de terrenos baldíos, nacionales y demasías

Básicamente me referiré a dos problemas de carácter fundamental en relación al tema. Primero, resolver si en base a la interpretación del concepto de propiedad originaria, referida líneas arriba, los bienes que no han salido del patrimonio del Estado mexicano se encuentran regulados por esta ley; y, segundo, soslayando el análisis de la reglamentación de las formas y mecanismos de transmisión de tales bienes a los particulares, resolver el problema derivado del obstáculo normativo para que los gobernados adquieran tales bienes por la vía de la usupación.

En mi opinión no hay duda de que los bienes sobre los que el Estado mexicano ejerce originariamente un derecho real de propiedad, están regulados por esta ley. Así se deriva no sólo del proceso constitucional de las facultades del Congreso de la Unión para legislar en la materia, sino del propio texto legal, en cuyo artículo tercero se clasifican los bienes propiedad de la Nación, "que son objeto de la presente ley", en baldíos, nacionales y demasías. Parecería necesario interpretar cuáles de esos bienes propiedad de la Nación son objeto de la ley; sin embargo el siguiente precepto aclara cuando señala que son baldíos los terrenos que no han salido del dominio de la nación por título legalmente expedido.

Por otro lado, parece evidente que tal solución parte del principio de que el concepto de propiedad originaria significa derecho real de pro-

⁴³ En contra de este punto pero en relación a las funciones primarias del Estado en las relaciones de propiedad ver: Díaz y Díaz, *op. cit.*, (1), p. 217.

piedad, pero debe tomarse en cuenta que aquél no ha sido contradicho ni por el derecho positivo ni por la doctrina más calificada.⁴⁴

Antes de entrar a la resolución del segundo planteamiento, conviene hacer breve referencia a algunos de los postulados de esta ley, que servirán de base para el análisis de los problemas contenidos en los incisos subsecuentes. Ante todo debe señalarse que los baldíos no son objeto de los procedimientos de transmisión a los particulares, porque se requiere de su conversión al carácter de nacionales, previa su medición y deslinde. (Art. 7) Tienen un derecho de preferencia para adquirir los terrenos nacionales sus poseedores. (Art. 9) Se considera como tales incluso a los que hubieren poseído el bien con el carácter de baldío y se precisa de los siguientes tres requisitos de importancia para los efectos de este trabajo: a) que la posesión de títulos traslativos de dominio no válidos, con lo que se excluye a la simple ocupación como causa generadora de la posesión; b) que la posesión haya durado cinco años explotando el bien o diez años sin explotación; y c) que se rinda información posesoria ante un juzgado de distrito. (Art. 18). Sólo personas físicas mexicanas con capacidad para la agricultura pueden adquirir gratuitamente bienes nacionales, con lo que parece excluirse del procedimiento de donación a los bienes urbanos (art. 25), aunque esto último está permitido para la creación de nuevas poblaciones, siempre que los bienes estén destinados al "fundo legal" de las entidades federativas o a los servicios públicos que éstas deben prestar (Art. 36). El poseedor de un bien nacional, con contrato de compraventa o sin él, que lo hubiere explotado durante un periodo de cinco años, tiene derecho a adquirirlo gratuitamente del Estado (Art. 67). Los bienes propiedad originaria del Estado no pueden adquirirse por prescripción (Art. 86).

En este último punto radica el segundo en cuestión a que me he referido antes. Congruentemente con la Ley General de Bienes Nacionales, pero en discordancia con la legislación local y con la práctica, los gobernados no tienen capacidad de goce para adquirir bienes pertenecientes al propio Estado, por la vía de la usupación.⁴⁵

Los bienes propiedad del Estado no destinados directa o indirectamente al cumplimiento de sus fines, es decir, aquellos bienes que en principio no son ni bienes clasificados como del dominio público de la federación, esto es, bienes de uso común o bienes destinados a un ser-

⁴⁴ Tena Ramírez, *op. cit.*, (8) p. 190.

⁴⁵ En contra del texto legal ver: Núñez Escalante, Roberto. "La titulación del suelo en el Distrito Federal". En *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ELD, núm. 5, México, 1981, p. 200.

vicio público, ni bienes del dominio privado de la propia federación, a pesar de lo dispuesto por el artículo 58 de esta ley, no tienen mejor fin jurídico que cumplir que el de satisfacer la necesidad del pueblo del Estado de contar con un lugar de permanencia. Esta necesidad en mi opinión se traduce en un derecho natural secundario que no puede desvirtuarse por el ordenamiento positivo. Precisamente por tratarse de aquella necesidad de un derecho natural, es que la realidad presenta, fundamentalmente en las urbes y con consecuencias dramáticas en el Distrito Federal, ocupaciones que representan tenencias ilegales de tierra, con la consecuente falta de seguridad jurídica que se ha pretendido resolver en el plano del derecho positivo, pero a nivel local, con disposiciones inconvenientes y prácticas ilegales.

Antonio de Ibarrola, atendiendo seguramente al carácter de tal derecho, califica de inconstitucional el contenido del artículo 86.⁴⁶ Me parece en exceso difícil sostener este punto, sobre todo si se toma en cuenta el carácter absoluto de la facultad del órgano administrativo del Estado de transmitir el dominio a los particulares para constituir la propiedad privada. Se requiere atender en forma penetrante las raíces de tal facultad y fundamentalmente, al carácter natural del derecho. Lo que sí puede sostenerse es que aquellos baldíos que hubieren sido adquiridos por usucapión antes de la entrada en vigor de esta ley, pueden reivindicarse.⁴⁷

2. Ley general de bienes nacionales

Si bien la Ley de Terrenos Baldíos, Nacionales y Demasías es categórica en cuanto al carácter real del derecho de propiedad del Estado, y por lo que toca al principio de imprescriptibilidad de los baldíos, la Ley General de Bienes Nacionales ha transitado por caminos equívocos, buscando por un lado ser congruente con la legislación federal y, por el otro, regular la realidad en base a las prácticas tradicionales de ocupación, posesión y usucapión, cuyo origen natural no ha podido ser contradicho por el derecho positivo, según se ha apuntado.

En efecto, el artículo 2o. clasifica como bienes del dominio público (fracción VIII), a 'Los terrenos baldíos y los demás bienes inmuebles declarados por la ley inalienables e imprescriptibles'. Por su parte el

⁴⁶ *Cosas y Sucesiones*. Ed. Porrúa, 4a. ed., México, 1977. p. 309.

⁴⁷ *Idem*, pp. 360-361. En este sentido, ver *Serra Rojas, Andrés, Ob. cit.* (13), pp. 214 y 215.

artículo 16 confirma el carácter de imprescriptibilidad de los baldíos, al hacerlo en general con todos los bienes del dominio público.

Hasta aquí la ley es congruente con la ley de baldíos comentada en el punto que precede.

Sin embargo, el artículo 3o. en su fracción I, clasificó como bienes del dominio privado de la federación a las tierras no comprendidas en el artículo 2o., que sean susceptibles de enajenación a los particulares. Ante todo cabe señalar que la reforma habida a esta fracción en la revisión de 1987, sirvió sólo para aclarar que, tales tierras debían ser "de propiedad nacional".

Es necesario precisar si esta ley se aplica también a los bienes del Estado clasificados como nacionales o demasías. El artículo 6o. parece remitirlos exclusivamente a la Ley de Terrenos Baldíos, Nacionales o Demasías, pero en mi opinión, dada la inclusión de éstos en la clasificación del artículo 3o., debe interpretarse aquella disposición en el sentido de que dichos terrenos no están sujetos supletoriamente al Código Civil Federal ni a "las disposiciones de carácter general, de policía y de desarrollo urbano. . ." a que se refiere el propio artículo 6o.

Ahora bien, en consecuencia, conviene precisar de acuerdo a la legislación sobre baldíos, a qué tipos de bienes se refiere esta fracción. Los baldíos quedan excluidos porque han sido clasificados como de dominio público. Los nacionales y las demasías no entran en la clasificación del artículo 2o.-VIII porque sí son imprescriptibles, pero no inalienables. En cambio éstos sí pueden ser clasificados como del dominio privado de la federación porque son bienes de propiedad nacional, no comprendidos en el artículo 2o. y son susceptibles de enajenación a los particulares.

Resuelto en mi opinión este primer problema, es necesario ahora hacer referencia al problema de la adquisición por los particulares de tales bienes, por la vía de la usucapión.

Hasta antes de la reforma al artículo 6o. los particulares estaban capacitados para adquirir por tal título bienes del dominio privado de la federación, entre ellos los clasificados como nacionales y demasías. Se preveía como regla especial la duplicidad de los plazos de posesión en relación a los contenidos en la legislación común. Esta disposición estaba en franca contradicción con la legislación sobre baldíos, cuyo artículo 86, en lo referente a los nacionales y demasías, quedó derogado, por tratarse la ley de bienes nacionales de un ordenamiento expedido con posterioridad. Así, no sólo la práctica sino el derecho positivo, se inclinaron por regular la realidad en base al derecho natural ya

comentado, de cuya existencia aquél no podía sustraerse. Cabe añadir que contra ambas legislaciones federales, pero en base a la legislación local, tal práctica se extendió también a los baldíos. La exposición de motivos de la reforma al artículo 60, para declarar imprescriptibles los bienes del dominio privado de la federación, no sólo demuestra lo anterior indubitablemente, sino que confirma la confusión en las interpretaciones de ambas leyes federales. De frente al texto de la ley y a la realidad a regular, se tiene la clara impresión de que ni siquiera se distinguía a los baldíos como bienes de dominio público y a los nacionales y demasías como bienes del dominio privado.

El texto de la exposición de motivos en su parte conducente es el siguiente: "La disposición contenida en el artículo 60 de la iniciativa, constituirá una de las más importantes innovaciones al declarar que los inmuebles de dominio privado serán imprescriptibles, en vez de aceptar la prescripción mediante la duplicación de plazos, lo que resulta más congruente con el sentido tutelador que tiene la Ley General de Bienes Nacionales y constituye un paso natural en la evolución de esta tendencia. Como es sabido, la Federación pierde un gran número de inmuebles de dominio privado, debido a que los particulares a partir de la ilegítima ocupación de inmuebles de propiedad federal, promueven en su favor juicios de prescripción positiva de los que en muchos casos, aquella no es notificada legalmente de la demanda respectiva, perdiendo toda oportunidad de defensa; ante ello, aflora la necesidad de proteger al máximo los inmuebles de la nación, ya que constituyen una reserva del Gobierno Federal para el cumplimiento de las responsabilidades constitucionales a su cargo."

Se infiere de la exposición de motivos que el "sentido tutelador de la ley" es la protección de los bienes que siendo propiedad del Estado, están destinados a cumplir con sus fines. El error consiste entonces en considerar a los bienes nacionales y a las demasías como necesarios para la realización de la función pública y que la reforma es "un paso natural en la evolución de esta tendencia". Reitero que lo anterior contraría el derecho natural de ocupación que como tal no puede ser coartado por el derecho positivo, según lo demuestra la realidad. Los juicios de prescripción positiva a que se refiere la exposición se han venido realizando por la vía de la información de dominio. Efectivamente, la causa generadora de la posesión es ilegítima, porque se trata de la ocupación de bienes ajenos; el problema de la notificación al Estado para su defensa en juicio será comentado al analizar los puntos de los procedimientos de información de dominio y prescripción po-

sitiva, pero adelanto que en base al derecho positivo tal notificación sí se realiza, aun cuando la ley no prevé tal llamamiento en forma correcta.

3. La posesión apta para prescribir

Las tendencias adoptadas por el Código Civil de 1928-32 en materia de posesión, revelan con claridad la intención del legislador de dotar de una reglamentación que permita al gobernado adquirir por la vía de la usucapión cualquier tipo de inmuebles, pertenecientes al Estado o a los particulares.

Ciertamente esas tendencias han sido interpretadas equívocamente, lo que me permite precisar algunas opiniones personales.

Indudablemente la adopción de la tesis objetivista de Ihering tuvo por objeto proteger al poseedor "... que la beneficia debidamente (la cosa) y la hace producir para satisfacer necesidades sociales...".⁴⁸ Sin embargo debo apuntar mi convencimiento de que aun a la luz de lo dispuesto por los artículos 790, 791, 793 que distinguen a los poseedores originarios, a los poseedores derivados y a los detentadores, y en base a lo previsto por los numerales 809, que remite a los poseedores derivados a las disposiciones que regulan el acto jurídico que dio origen a su posesión; y 826 que prevé el *animus domini* como requisito para usucapir, la única posesión que en la práctica tiene efectos jurídicos es la que se ejerce en concepto de propietario. Las acciones posesorias que los detentadores o poseedores derivados pueden intentar, se ejercen por cuenta del dueño o poseedor originario, porque por cuenta de él ejercen el *corpus*.

Por otro lado, resulta trascendental la supresión del concepto de justo título como requisito indispensable para adquirir el bien poseído por usucapión, para establecer como tal exclusivamente el tener el carácter de poseedor en términos del derecho clásico, es decir, detentar físicamente la cosa, por sí o por medio de otro, que la puede detentar por virtud de un derecho real o de un derecho personal (*corpus*), y detentar en concepto de propietario (*animus domini*).

Sabido es que una persona puede poseer una cosa, en términos del Código Civil, por virtud de un derecho real, de un derecho personal o sin derecho alguno, sin embargo en mi opinión, aun a la luz de tal ordenamiento, sólo el que posee en virtud del derecho de propiedad o el que posee sin derecho alguno, pero en concepto de dueño, es po-

⁴⁸ Informe de la Comisión Redactora.

seedor. Los demás son detentadores y ejercen las acciones posesorias por cuenta de quien ejercen el *corpus*.

En uno y otro caso, el cambio de concepto evidentemente tiene por objeto permitir que aquel que ha poseído la cosa, con los requisitos y términos previstos en la ley, la adquiera frente a quien, teniendo mejor derecho, no le ha dado valor económico individual o colectivo, a pesar de contar con mecanismos legales de sencilla ejecución que permiten interrumpir el plazo de prescripción, como lo es la sola presentación de una demanda en contra del poseedor.

Ahora bien, por las razones apuntadas, el efecto jurídico de la prescripción se extiende también al que posee sin derecho alguno, siempre que además de contar con todas las características necesarias, esto es, posesión pacífica, continua, pública, y poseer por el tiempo previsto, según haya buena o mala fe, posea en concepto de propietario.

Ante el cambio de conceptos, el de título adquiere un doble significado. No deja de referirse al acto jurídico que dio lugar a la posesión, pero éste ya no necesita ser justo para servir de base a la prescripción. Importa sí, para calificar la buena o mala fe. En su segunda acepción, título significa la causa generadora de la posesión (art. 806), y en este sentido tal causa puede ser desde un acto jurídico (título-forma), hasta un hecho jurídico ilícito, como la simple ocupación. La falta de precisión en esta distinción ha ocasionado interpretaciones en el sentido de que la ocupación no es título suficiente para adquirir por prescripción. Desglosando el artículo 806 puede entenderse mejor esta digresión. "Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título (acto-forma) suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título (acto-forma) que le impide poseer con derecho." En este punto podría sostenerse que el concepto título también se refiere a la causa generadora y considerar como poseedor de buena fe al que poseyendo sin derecho, ignora los vicios de esa causa; sin embargo, tal interpretación no debe aceptarse ante todo en aras de la seguridad jurídica frente al subjetivismo que la misma encierra. "Es poseedor de mala fe el que entra en posesión sin título alguno para poseer." Aquí debe también sostenerse que el concepto título se refiere al acto jurídico generador de la posesión. El que ocupa un bien ilícitamente evidentemente no tiene título-acto, pero sí tiene causa generadora de la posesión (título), y tal causa es la propia ocupación. "... (Es poseedor de mala fe) lo mismo que el que conoce los vicios de su título (acto-forma) que le impiden poseer con derecho". Adicionalmente cabe señalar que si el ilícito constituye un

delito, la posesión, además de considerarse de mala fe, cuenta para la prescripción, pero el plazo inicia a partir de que se extingue la pena o prescribe la acción penal (art. 1155).

Como se verá más adelante, además de la acción de prescripción positiva que el poseedor debe seguir contra quien aparece como dueño en el Registro Público, la legislación local ha previsto y prevé procedimientos judiciales y administrativos para adquirir por tal vía bienes que no se encuentran inscritos en favor de persona alguna, entre ellos desde luego en mi opinión los pertenecientes al Estado y clasificados como baldíos o nacionales. Esto último la práctica lo demuestra cotidianamente.⁴⁹

4. La información de dominio

Los comentarios que se hagan respecto al procedimiento de la información de dominio que se había utilizado para demostrar la adquisición de bienes inmuebles por usucapión, no sólo tiene por objeto el análisis de dicho procedimiento, sino que servirán de base para el tratamiento que respecto al procedimiento de inmatriculación administrativa se realiza en este capítulo. Debe sin embargo tomarse en cuenta que dichos comentarios están referidos en forma general al procedimiento de información de dominio y en específico a la relación que existe entre ésta y las normas que regulaban el referido procedimiento de inmatriculación que fueron derogadas por las que actualmente se encuentran en vigor.⁵⁰

La doctrina en forma prácticamente unánime y la jurisprudencia de la Corte en diversas tesis, han sostenido que el procedimiento de jurisdicción voluntaria denominado de información de dominio no es el idóneo para adquirir bienes inmuebles por usucapión en virtud de lo siguiente:

— Ante todo debe señalarse que el procedimiento adquisitivo debe necesariamente seguirse en contra de alguna persona propietaria del inmueble. El hecho de que éste no se encuentre inscrito en el Registro Público de la Propiedad, no significa que no tenga dueño: o tal bien es

⁴⁹ Ver artículo 3047 derogado. En relación a los conceptos de título y justo título, ver Espín Cánovas, Diego, "Función del Justo Título en la Adquisición de Derecho por Usucapión", en *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1968, Madrid.

⁵⁰ En este punto 5160 de cerca los comentarios de Antonio Ibarrola, *ob cit.* (46), p. 503 y especialmente a Ramírez Ruiz, Zeferino, "El procedimiento a seguir para usucapir bienes inmuebles no inscritos en el Registro Público de la Propiedad", en *El Foro*, números 3 y 4, julio y diciembre de 1980, México, pp. 69 y 55.

de propiedad privada, o está sujeto a los regímenes de propiedad agraria o es un bien del Estado, por virtud de su propiedad originaria o, adquirido originariamente o no, destinado a sus funciones públicas. En consecuencia, el procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede ser utilizado porque es requisito indispensable para éste que no tenga intereses más que el promovente. Sin embargo, en mi opinión este procedimiento sí puede utilizarse para demostrar la posesión de una cosa e inscribirla en el Registro Público a efectos de darle por ese sólo hecho, el carácter de pública.

— Dada la naturaleza de procedimiento de información de dominio, las resoluciones que en el mismo se dictan no constituyen cosa juzgada, porque si no tiene interés más que el promovente a nadie pueden perjudicar.

En razón de tales opiniones jurisprudenciales y doctrinales, se reformó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal incluyendo en el artículo 122 una fracción tercera en la que para efectos de los juicios de prescripción positiva respecto de inmuebles no inscritos, se precisaron las reglas para un procedimiento contencioso, previéndose formas de notificación de la demanda a persona indeterminada, en donde se incluye a cualquier tipo de propietario. Las disposiciones del Código Civil que se refieren al procedimiento para adquirir inmuebles no inscritos, siempre han remitido al procedimiento que para tal efecto fije el Código de Procedimientos Civiles. No obstante la claridad de la razón de ser de la reforma al artículo 122 del Código adjetivo, los artículos 3046, 3047 y 3049 del Código Civil, que aparecieron en el *Diario Oficial* del 3 de enero de 1979, indebidamente señalaron que tal procedimiento debía seguirse por la vía de información de dominio y aparentemente derogaron a la fracción III del artículo 122 mencionado. Este último hecho que en mi opinión es indudable,⁵¹ no ha sido considerado en la mayoría de los casos de demandas de prescripción positiva, en los que se sigue llevando el procedimiento previsto por el artículo 122 fracción III.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que dicha fracción III estuviese derogada, la persona que se considere perjudicada en sus derechos puede impugnar y ganar el expediente de información, mediante el juicio de amparo, toda vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya externó su criterio en el sentido de que las informaciones *ad perpetuam* en vía de jurisdicción voluntaria, no son el procedimiento legal a seguir para usucapir inmuebles no inscritos, puesto que los de-

⁵¹ En contra ver Ramírez Ruiz, *ob. cit.* (50), pp. 82 y 83.

clarantes deponen en ellas sin citación contraria y por eso no pueden ser repreguntados, además de que sus resoluciones carecen de la autoridad de cosa juzgada.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que esas informaciones en jurisdicción voluntaria, son violatorias de los artículos 14, 16 y 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que al no tener las formalidades esenciales del proceso, se viola la garantía de audiencia y se despoja a terceras personas de los inmuebles correspondientes, sin haber sido oídos y vencidos en juicio. En otras palabras, al promoverse esas diligencias, se deja en estado de indefensión a un tercero, ya que tanto el procedimiento seguido, como la sentencia que se dicta, son siempre sin citación contraria y, por lo tanto, no se da oportunidad a posibles interesados de probar el interés jurídico que pudieran tener en esas diligencias.⁵²

5. Los bienes vacantes

Antes de entrar por último al análisis de las disposiciones que regulan el procedimiento de inmatriculación de predios en el Registro Público, es necesario fijar mi opinión respecto a la problemática que ha presentado la regulación de los bienes inmuebles vacantes, entendiéndose por éstos, aquéllos que no tienen dueño cierto y conocido.

Se ha sostenido la imposibilidad jurídica de la existencia de tales bienes, argumentando que todos los inmuebles tienen dueño, ya sea éste un particular en propiedad privada, a través de los regímenes agrarios, o bien el Estado en forma originaria o derivada.⁵³

Por mi parte sostengo que son bienes vacantes aquellos que habiendo sido reducidos a propiedad privada, no tienen dueño cierto y conocido. La "reducción" a propiedad privada pudo haberse dado como consecuencia de una transmisión hecha al particular por el Estado, o bien porque simplemente éste hubiere reconocido el derecho de aquel, o en virtud de que el particular hubiere adquirido el bien por usucapión. De otra forma no tenía sentido la existencia de la regulación sobre vacantes y, sobre todo, el procedimiento para revertir tales bienes al Estado.

Ciertamente son raros los casos de bienes vacantes; frente a la poca probabilidad de que un inmueble sea abandonado por su dueño, debe tomarse en cuenta que si tal dueño era identificable y falleció y no te-

⁵² *Idem.*, p. 83.

⁵³ Núñez y Bandera, *ob. cit.* (45), p. 203.

nia herederos cercanos, el bien será adquirido por instituciones de beneficencia como último heredero.

Ahora bien, los bienes vacantes no adquieren tal categoría sino hasta en tanto una autoridad judicial federal (Juez de Distrito) así lo declara. Es decir, el bien no será vacante y por tanto propiedad del Estado por el solo hecho de no tener dueño cierto y conocido; se requiere que aquella autoridad aplique tal hipótesis normativa al caso concreto, deducido en un juicio contradictorio. Precisamente por esta razón fue reformada la fracción III del artículo 3o. de la Ley General de Bienes Nacionales en el año de 1987. Antes de la reforma se consideraban como bienes del dominio privado de la federación los "considerados por la legislación común como vacantes", lo que permitía pensar que el bien tenía esa categoría por el solo hecho de no tener dueño individual. La reforma adecúa el precepto a la realidad: "Son bienes de dominio privado: ... Los bienes ubicados dentro del Distrito Federal, declarados vacantes conforme a la legislación común". Me parece que al momento de la reforma bien pudieron considerarse los conceptos de "imperium y dominium", para sostener que pueden ser declarados como vacantes y por tanto propiedad privada de la Federación, no sólo los inmuebles del Distrito Federal sino todos los bienes de la República que estén en situación que actualiza la hipótesis normativa.

Por otro lado, debe destacarse que en mi opinión los bienes inmuebles y vacantes, aún no declarados como tales, pueden ser poseídos y adquiridos por usucapión por los particulares. La posesión puede ser de buena o mala fe conforme a las reglas ya comentadas y la usucapión procede siempre que el plazo necesario de posesión haya transcurrido antes de la fecha en que se dicte la sentencia declaratoria de vacancia. Así lo confirman el artículo 76 de la Ley General de Bienes Nacionales cuando ordena llamar al procedimiento incluso a los poseedores y Antonio de Ibarrola.⁵⁴

6. La inmatriculación administrativa

En el desarrollo del tema de este inciso analizaré el procedimiento denominado de inmatriculación administrativa desde los siguientes ángulos. El procedimiento en sí mismo y su razón de ser; las disposiciones del Código Civil que regularon dicho procedimiento hasta la reforma que concluyó el nuevo sistema y las disposiciones en vigor.

⁵⁴ *Op cit.* (46), p. 470.

Debo señalar ante todo que en mi opinión la razón real de la necesidad en que se han visto las autoridades administrativas para incluir dentro del ordenamiento jurídico este tipo de procedimientos, para resolver el problema de la falta de seguridad jurídica en la tenencia de la tierra existente en el Distrito Federal, ha sido y es la falta o insuficiencia que en el ámbito del poder judicial existe del material humano y económico necesario para tramitar los juicios de prescripción positiva, único medio que como veremos más adelante recoge las necesidades tanto reales como jurídicas para acreditar que una persona ha adquirido un inmueble que ha estado poseyendo. A esto debe aunarse la existencia de reglas jurídicas, tanto sustantivas como de procedimiento, que con el fin de acreditar la posesión apta para prescribir, dificultan la posibilidad de acudir a este procedimiento, máxime si se toma en cuenta la excesiva carga de trabajo de nuestros tribunales y la usual falta de recursos económicos de quienes requieren acreditar el derecho de propiedad adquirido y su inscripción en el Registro Público.

"Se llama inmatriculación al ingreso de una finca en el Registro, la cual, en el sistema español, tiene lugar mediante una primera inscripción de dominio, a diferencia de otros sistemas, como el alemán, en que la inmatriculación puede llevarse a cabo de oficio, basada en el catastro, concretándose únicamente a la descripción de la finca."⁵⁵

Se distingue la primera inscripción en sentido formal, que es el primer asiento que se practica en el folio destinado a una finca que ya tiene antecedentes registrales, como es el caso de subdivisiones y condominios, de la primera inscripción en el sentido material, que es el primer asiento de la finca en el registro que no tiene antecedentes registrales.⁵⁶

En nuestro país existe la evidente necesidad de incorporar al Registro Público un sinnúmero de predios que en la actualidad se vienen ocupando por los gobernados, independientemente de la causa de esa ocupación. Los medios para inmatricular, no tienen relación con la causa misma de la inmatriculación, en tanto ésta sólo sirve de medio para incluir en el Registro Público por primera vez a la finca. Si como veremos a continuación se confunde el medio de la inmatriculación con el acto o hecho que la provoca, se desvirtúa el concepto de inmatriculación, pretendiendo darle al documento que le sirvió de base el carácter de título de propiedad.

⁵⁵ Cuevas Senties, Carlos, *La inmatriculación de inmuebles mediante la inscripción de contratos privados de compraventa*, p. 39.

⁵⁶ *Idem.*, pp. 39 y 40.

Los medios de inmatriculación en vigor hasta antes de la reforma eran los siguientes:

- a) Mediante la primera inscripción de dominio (Art. 3046 fracciones I, III y IV, en relación con los Arts. 3047 y 3052).
- b) Primera inscripción de posesión (Arts. 3046 fracción II en relación con el artículo 3048); y
- c) La llamada inmatriculación administrativa (Art. 3053).

En el primer caso, se trata de la primera inscripción de una finca mediante la inscripción del título que acredita el derecho de propiedad existente respecto del mismo. La fracción III preveía una confusa resolución judicial que ordenara la inmatriculación y "que se haya dictado como consecuencia de la presentación de titulación fehaciente que abarque sin interrupción un periodo, por lo menos de cinco años". Esta forma de inmatriculación requiere ante todo una "titulación fehaciente". Evidentemente se refiere al concepto de título no como causa generadora de la posesión sino en su acepción de un documento que acredite el derecho de propiedad, caso en el cual no se requiere ni de resolución judicial ni del plazo de cinco años. Si el concepto del título está utilizado como causa generadora de la posesión, la resolución judicial que ordene la inmatriculación no sólo debe recoger la posesión en base a ese título por el periodo de cinco años, sino que requiere además dejar acreditado que se poseyó en concepto de dueño, en forma pacífica, continua y pública y hacer referencia a los plazos de posesión según ésta haya sido de buena o mala fe. No es éste el caso a que se refiere la fracción III sin embargo, porque de existir título de propiedad y no ser inscribible por defectuoso, el interesado tendría que acudir al juicio de prescripción positiva ya fuere contra el que aparece como propietario en el registro en los términos del artículo 1156, o bien contra persona incierta en los términos del propio artículo 3046 fracción I, en relación con el artículo 3047. La fracción IV preveía la inmatriculación mediante la inscripción del decreto que se publicara en el Diario Oficial para convertir un inmueble en bien de dominio privado, o del título o títulos que se expidieran con fundamento en aquel decreto. Este caso se refiere a las transmisiones de propiedad de que en mi opinión puede realizar el Estado en base a la legislación sobre baldíos y sobre bienes nacionales. La fracción I se refería exclusivamente al procedimiento de prescripción positiva que como ya ha sido comentado incurre en el error de referirse nuevamente a la vía de la información de dominio para acreditar el derecho de propiedad adquirido por usucapión, a pesar de la reforma al artículo 122 del Código de Procedi-

mientos Civiles que también ha sido ya analizada. Por último la fracción V preveía la inmatriculación mediante la inscripción de un contrato privado, acompañado de certificado de no inscripción. Éste fue el procedimiento que en la práctica se siguió para ordenar la inmatriculación de inmuebles en forma masiva en los años recientes. Esta forma de inmatriculación sin embargo no fue otra cosa que el resultado de los impedimentos prácticos que los poseedores han tenido desde siempre para acudir al procedimiento de usucapión ante los tribunales, referidos líneas arriba.

Los documentos en virtud de los cuales se inmatricularon los inmuebles en base a este procedimiento, han sido entregados a los interesados con el carácter de título de propiedad, cuando en realidad lo único que contienen es una enajenación de derechos posesorios o de plano la venta de una cosa ajena, según lo demuestra Cuevas Senties.⁶⁷

En efecto, sabido es que en la práctica tales contratos de compraventa que se ratificaban normalmente ante notario público, contenían la declaración de un supuesto propietario que presumo no existía porque solo el adquirente comparecía ante el fedatario. Frente a esta mera suposición, existe la certeza de que de existir tal vendedor, éste no podría tener tal carácter porque no acreditaba su derecho de propiedad ya que solamente aportaba su dicho de ser propietario. En consecuencia, dichas personas no se encontraban en el supuesto de la fracción V del artículo 3046, sino o bien en el supuesto de la fracción I, en cuyo caso tenía que haber seguido el procedimiento de usucapión, o bien en el caso de la fracción II, en cuyo caso debió haber seguido el procedimiento de información posesoria para acreditar, respectivamente, que se había convertido en dueño o bien que tenía respecto a la finca una posesión apta para prescribir.

Ante la evidente inseguridad jurídica que tal procedimiento generó en un gran número de personas que confiadas acudieron a él, como consecuencia de la clara intención de las autoridades administrativas de resolver el problema a toda costa, al margen del principio de legalidad que debió regirlo, se reformó nuevamente el capítulo correspondiente a la inmatriculación administrativa del Código Civil, para incluir dos distintos procedimientos. Por un lado la inmatriculación administrativa por virtud de una resolución judicial y, por el otro la inmatriculación como consecuencia de una resolución administrativa.

El Art. 3046 indica que la inmatriculación es la inscripción de la propiedad o posesión de un inmueble en el Registro Público de la Pro-

⁶⁷ *Idem* pp. 45 y ss.

riedad, que carece de antecedentes registrales, lo que debe de acreditarse con un certificado de no inscripción. La fracción I prevé que la inmatriculación por resolución judicial se puede obtener mediante información de dominio y mediante información posesoria.

En el primer caso se comete el mismo error que las disposiciones de igual número derogadas, al considerar que la vía judicial apta para tal efecto es el procedimiento de información de dominio que se sigue por la vía de jurisdicción voluntaria. Ya he comentado las razones por virtud de las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que este procedimiento no es el idóneo para acreditar la usucapación, porque en última instancia se viola la garantía de audiencia de quien pudiere resultar interesado, o bien, el derecho de propiedad del Estado que tampoco es llamado a juicio.

La inmatriculación mediante la resolución judicial de información posesoria a que se refiere el inciso b) de la fracción I del artículo 3046, en relación con el artículo 3048, si puede seguirse por la vía de la jurisdicción voluntaria, porque el efecto de la resolución sólo será la inmatriculación del inmueble mediante la inscripción de la posesión que sobre el mismo se tenga, sin perjudicar con este efecto ningún derecho de tercero. Sin embargo, resulta absurdo que el citado artículo 3048 señale que además de la inmatriculación, el efecto de la inscripción de la posesión será tener a ésta como "apta para producir la prescripción, al concluir el plazo de cinco años, contados desde la fecha de la inscripción". Las razones de esta afirmación son las siguientes: el único efecto que de acuerdo con el Código Civil tiene la posesión es el de darle a ésta el carácter de pública. La sola inscripción no puede hacer apta la posesión para prescribir porque se requiere, además, que aquella haya sido continua y pacífica. Se podría llegar al absurdo de considerar a una posesión inscrita, por ese solo hecho, como apta para prescribir, aun cuando ésta se hubiere adquirido con violencia y ésta no hubiere cesado, o que se hubiere adquirido por virtud de un delito y que no se hubiere extinguido aún la pena o que no hubiere prescrito la acción penal o bien considerar como apta para prescribir la posesión inscrita, cuando el plazo ha sido interrumpido por una persona con mejor derecho, por ejemplo en el caso de que hubiere presentada una demanda en contra del poseedor.

Adicionalmente cabe señalar que la sola inscripción de la posesión no le da a ésta el carácter de posesión de buena fe que supone el plazo de cinco años previsto; es decir, aun cuando la posesión estuviere inscrita, ésta puede ser de mala fe y entonces se requerirá el plazo de

diez años. Considerar que el artículo 3048 deroga por posterior todas las disposiciones del Código Civil que prevén las características de la posesión que aquí se han apuntado, es tanto como concluir que una persona puede convertirse en propietaria por el solo hecho de haber inscrito su posesión mediante un procedimiento en el que los terceros no participan y aceptar que en el plano de la realidad ya no son necesarios los requisitos de posesión pacífica y continua, con la consecuente y evidente falta de seguridad jurídica.

La fracción II del artículo 3046 prevé los procedimientos de inmatriculación por virtud de la resolución administrativa. Los incisos a) y b) de dicha fracción, en relación con el artículo 3050, no requieren comentario porque prevén la inscripción que incorpora al dominio público federal o local un inmueble o del decreto que lo desincorpore o del título que en base a éste se expida.

El inciso c), en relación al artículo 3051, prevé la inscripción de un título "fehaciente y suficiente para adquirir la propiedad", disposiciones a las que cabe hacer los mismos comentarios que los realizados en relación con la antigua fracción tercera del artículo 3046 derogado.

El inciso d), del artículo 3046 fracción II, establece la posibilidad de inmatricular un inmueble en el Registro Público, "mediante la inscripción de la propiedad de un inmueble adquirido por prescripción positiva...". Por su parte el artículo 3052 prevé que tal procedimiento debe seguirse ante el Registro Público de la Propiedad. Como ha quedado anotado en este trabajo, en el procedimiento de prescripción positiva o usucapación se resuelve necesariamente una controversia entre el poseedor que pretende adquirir la propiedad del inmueble poseído y el propietario que eventualmente perderá tal derecho. Ésta es la razón por la cual —según se comentó antes—, tanto la Suprema Corte, como el legislador, consideraron que el procedimiento de la información de dominio, por la vía de la jurisdicción voluntaria, no era el idóneo, sino el ordinario contencioso. Tal controversia en consecuencia sólo puede ser resuelta por el órgano del Estado con facultades para realizar tal función y éste evidentemente es el órgano jurisdiccional, a nivel local en razón de la competencia territorial. Concluyo entonces que las normas que se comentan en este párrafo son inconstitucionales y que fueron ideadas para suplir la deficiencia que existe en los tribunales del fuero común para la administración de justicia, frente a la necesidad de contar con procedimientos eficientes

y expeditos para regularizar el problema de la falta de seguridad jurídica en la tenencia de la tierra.

Al margen de la anterior opinión, cabe hacer los siguientes comentarios:

El procedimiento de prescripción positiva sólo puede seguirse por esta vía por quien sea poseedor de buena fe, es decir, por quienes poseen con título suficiente para poseer con derecho o por quien ignora los vicios de su título.

Por otro lado, se prevé que si del procedimiento resulta alguna oposición, se extinguirá éste y la controversia debe ser resuelta por un juez, con lo que se ratifica la intención del legislador de utilizar en esta vía administrativa el procedimiento de jurisdicción voluntaria que ha sido considerado inconstitucional frente al dueño, tanto por la doctrina como por nuestro más alto tribunal y que motivó la reforma al artículo 122-III del Código Adjetivo.

Ahora bien, la fracción V del propio artículo 3052 prevé que el director del Registro, en la audiencia de desahogo de pruebas, deberá ver probada la posesión "... en concepto de propietario y por el tiempo exigido por este Código para prescribir..." Con lo anterior aparentemente quedan derogadas en forma tácita las disposiciones que prevén que la posesión apta para prescribir debe ser, además, pública, pacífica y continua. No creo sin embargo que ésta haya sido la intención del legislador, primero porque en ambas disposiciones habla del procedimiento de prescripción positiva y, segundo, porque se llegaría al absurdo de que una persona, por el sólo hecho de ser poseedor de buena fe, en concepto de propietario y por el plazo de cinco años, adquiriera por usucapión, a pesar de haber mediado violencia continuada en la adquisición de la posesión, de no ser ésta pública y de haberse interrumpido el plazo de la prescripción por alguno de los medios indicados en la ley. En consecuencia, el poseedor deberá probar en la audiencia tales características de su posesión, opinión que confirma la fracción VI donde se indica que la resolución administrativa que conceda la inmatriculación declarará "... que el poseedor ha hecho constar los antecedentes y circunstancias que conforme a este Código se requieren para adquirir por virtud de la prescripción...", lo que por otro lado también confirma que este procedimiento sí deriva en una resolución declarativa de la adquisición del derecho de propiedad respecto del bien poseído y no sólo una declaratoria de inmatriculación, lo que como se ha señalado resulta inconstitucional. Al menos la resolución, la inmatriculación y la inscripción crearán un estado de

inseguridad jurídica, por la falta de certeza en la validez del título, tal y como sucedió con el procedimiento de inmatriculación administrativa por la vía de la protocolización de contratos privados de compraventa, previsto en la fracción V del derogado artículo 3046 y cuyas deficiencias e incidencias en la práctica fueron comentadas oportunamente.

Por otra parte, el inciso e) de la fracción II del artículo 3046, prevé la posibilidad de inmatricular un inmueble en el Registro Público, "mediante la inscripción de la posesión de buena fe de un inmueble, que reúna los requisitos de aptitud para prescribir" con lo que se deja fuera la posibilidad de inscribir la posesión de mala fe mediante este procedimiento administrativo. Destaco que tal posesión debe reunir todas las características que la hacen apta para prescribir. Para esta forma de inmatricular se prevé el mismo procedimiento ante el Registrador que el señalado para la prescripción positiva y para el que no existe la misma objeción constitucional, ya que la información posesoria sí es un procedimiento que cabe en la jurisdicción voluntaria porque sólo existe el interés jurídico del poseedor; siendo esta vía una función materialmente administrativa, no existe obstáculo para que se tramite ante autoridad administrativa.

Ahora bien, el artículo 3055 establece: "Quien haya obtenido judicial o administrativamente la inscripción de la posesión de un inmueble, una vez que hayan transcurrido cinco años, si la posesión es de buena fe, podrá ocurrir ante el Director del Registro Público de la Propiedad para que ordene la inscripción de la propiedad adquirida por prescripción positiva, en el folio correspondiente a la inscripción de la posesión, quien la ordenará siempre y cuando el interesado acredite fehacientemente haber continuado en la posesión del inmueble con las condiciones para prescribir, sin que exista asiento alguno que contradiga la posesión inscrita". Queda claro en consecuencia que de este procedimiento se dejan fuera los supuestos de posesión de mala fe y que el director de la institución debe ver probadas todas las características de la posesión apta para prescribir, es decir, pacífica, continua, pública y en concepto de propietario. La resolución es declarativa de propiedad, por lo que cabe la misma crítica hecha para el caso del procedimiento de prescripción positiva ante autoridad administrativa; esto es, se trata de una función jurisdiccional realizada por una autoridad sin atribuciones para ello; la norma que la prevé es por tanto contraria a la Constitución.

V. CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES

1. Respetando el derecho de propiedad privada que los gobernados tienen antes del nacimiento de nuestro país, los Estados Unidos Mexicanos tienen un derecho real de propiedad, de naturaleza pública, respecto de los bienes que no han sido transmitidos a los particulares para constituir la propiedad privada con posterioridad a la independencia, o que no han sido objeto de los regímenes agrarios vigentes.

2. De los bienes pertenecientes a los Estados Unidos Mexicanos, sólo los que están destinados a la realización de la función pública de su gobierno no pueden ser adquiridos por los particulares, por ser aquella función de un valor superior a la de la propiedad privada de que debe dotarse a los gobernados para satisfacer su derecho de permanencia en un lugar determinado.

3. El derecho a la propiedad privada para contar con un lugar de permanencia, constituye un derecho natural de carácter secundario; como tal no puede ser contradicho por el derecho positivo y en consecuencia se presenta en la realidad inevitablemente.

4. El fin primordial de las normas que regulan la situación de los bienes denominados baldíos, que pertenecen originariamente al Estado, debe ser el de satisfacer la necesidad de vivienda y, en general de dotar de bienes que constituyan la propiedad privada de los particulares para cualquier fin lícito, cuando dichos bienes no serán objeto de un fin público.

5. En esa virtud, los bienes genéricamente denominados baldíos, pueden ser transmitidos a los particulares, previa su medición y deslinde, para convertirlos en bienes clasificados como nacionales.

6. Los bienes de propiedad originaria de la nación, que no están destinados a una función pública, pueden ser adquiridos por los particulares por la vía de la usucapión, so pena de contrariar el carácter natural secundario del derecho de ocupación en un lugar que permita la permanencia para los gobernados, y no se contaría con normas de derecho positivo acordes con la realidad que en base a tal derecho natural existe y no puede impedirse.

7. El cambio de la razón de ser de las normas que regulan la posesión apta para adquirir por usucapión, estriba en considerar como valor axiológicamente superior al de la efectividad económica que el poseedor ha dado a un bien, frente a la inercia de su propietario cualquiera que éste sea, sobre el valor axiológico de la seguridad jurídica y la justicia que entraña el respeto al derecho de propiedad. En este

sentido, en el caso de bienes de propiedad del Estado no destinados a una función pública, la inercia no significa falta de interés en el bien mismo, sino falta de necesidad para destinarlo a una función pública y tolerancia en la ocupación como causa generadora de la posesión, tendiente a satisfacer la necesidad de permanencia en un lugar determinado para cualquier fin.

8. Cuando la usucapión se da respecto de bienes propiedad del Estado, no destinados a una función pública, éste debe ser llamado el procedimiento civil con el fin de estar en posibilidad de hacer valer cualquier derecho que pudiera resultar mejor que el derivado de la usucapión. La falta de precisión en este punto, ha motivado la reforma a los ordenamientos legales que previenen la prescripción de tales bienes, que no ha podido contradecir la realidad porque la práctica sigue presentando tales procedimientos, aun cuando se ha pretendido eliminarlos.

9. Los procedimientos de información de dominio deben erradicarse cuando se utilizan como medios para demostrar la prescripción ganada, debido a que con toda razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han determinado que no perjudican los derechos de terceros y que sus resoluciones no constituyen cosa juzgada, porque ninguno de aquellos interviene en el procedimiento.

10. Los bienes vacantes son aquéllos que habiendo pertenecido a los particulares en propiedad privada, ya no tienen dueño cierto y conocido. Independientemente de la poca probabilidad de que la institución vea actualizada sus hipótesis normativas, tales bienes no revierten al Estado hasta en tanto la autoridad judicial federal dicte la sentencia correspondiente. Mientras esto sucede, los particulares pueden poseer tales bienes y adquirirlos por usucapión, debiéndose desde luego considerar a la posesión como de mala fe.

11. Las normas que regulan la inmatriculación administrativa sólo deben tener por objeto la primera inscripción de un bien en el Registro Público de la Propiedad. Cuando tales normas, además de dicho efecto, pretenden procedimientos que derivan en la expedición de títulos de propiedad por la vía de usucapión seguida ante una autoridad administrativa, contrarian el texto constitucional en lo referente a la atribución a los órganos del Estado para la realización de funciones públicas, porque el procedimiento de prescripción positiva necesariamente es contradictorio, dado que el que adquiere por esa vía el derecho de propiedad lo hace frente a un antiguo propietario. El órgano

administrativo no tiene atribuciones para resolver controversias en este punto.

Adicionalmente, las reglas del derecho civil que prevén tal procedimiento deben ser acordes con las que establecen las características de la posesión apta para prescribir, porque la supresión de éstas, por la vía de la derogación tácita, significaría un grave estado de inseguridad jurídica en la titulación y tenencia de la tierra para los particulares.

Ciertamente reconozco que tales normas derivan no sólo de la necesidad de regular la tenencia de la tierra, sino de la falta de mecanismos, material humano y económico y disposición para los órganos judiciales, que permitan procedimientos sumarios, descargas de trabajo y competencia que incidan en una mejor administración de justicia y, como consecuencia, en una mayor seguridad jurídica en el procedimiento de usucapión, único jurídicamente válido para permitir la adquisición del derecho de propiedad privada cuando no ha existido voluntad del dueño de dicho bien transmitirlo.

En consecuencia, propongo como reglas de partida para la solución del problema en el plano del derecho positivo, las siguientes reformas que expreso en términos genéricos.

1. Reformar las leyes de bienes nacionales y sobre baldíos, con el fin de reconocer la capacidad de goce de los particulares para adquirir los bienes denominados genéricamente como baldíos por la vía de la usucapión, siguiendo las reglas del derecho civil.

2. En dichos ordenamientos, incluir reglas que permitan la fácil titulación de la tierra a los particulares, mediante contratos de compraventa o donación de los bienes que perteneciendo al Estado, están destinados a satisfacer esa necesidad.

En tales contratos, el Estado puede actuar directamente como vendedor y puede también, mediante mecanismos que permitan la construcción o regularización de la vivienda, transmitir al Departamento del Distrito Federal los bienes, para que sea éste el encargado de celebrar los mencionados contratos.

3. Debe precisarse en el Código Civil el concepto de título como causa generadora de la posesión, con el fin de evitar confusiones con el concepto de título como documento o acto en que se basa el derecho a la posesión. De acuerdo con la nueva tendencia del derecho en materia de posesión antes referida, es posesión apta para prescribir aquella que se adquiere por virtud de un derecho real o sin derecho alguno, independientemente de su legitimidad o licitud.

4. En virtud de que todos los bienes inmuebles tienen dueño, ya sea el Estado como propietario originario o los particulares en virtud de la propiedad privada, el único procedimiento civil jurídicamente viable para demostrar la propiedad adquirida por usucapión, es el procedimiento ordinario contencioso y por tanto debe precisarse en los códigos sustantivos y adjetivos que la información de dominio, por la vía de la jurisdicción voluntaria, no es idóneo para tal fin por que la realidad presenta además del interés del promovente en estos procedimientos, el interés del propietario que eventualmente ha perdido su derecho.

5. Con el fin de dar seguridad jurídica al derecho del Estado sobre los bienes que le pertenecen, no destinados a una función pública, frente al derecho del particular de demostrar la usucapión ganada, deben reformarse las leyes administrativas correspondientes y los Códigos de Procedimientos Civiles Locales, para fijar la autoridad administrativa a la que debe notificarse el procedimiento de prescripción positiva, a efecto de que el Estado esté en posibilidad indubitable de concurrir a su defensa.

6. Debe reformarse el Código Civil en la materia de inmatriculación administrativa, con el fin de que ésta se de exclusivamente mediante la inscripción del derecho de propiedad adquirida por transmisión hecha por su titular, por virtud de la usucapión demostrada ante órgano judicial o por virtud de la inscripción de una resolución de información posesoria, dictada por autoridad judicial o administrativa, que tendrá como efecto adicional la de considerar a tal posesión como pública, sin que lo anterior supla las características de continua, pacífica y en concepto de propietario y tampoco el plazo de diez años, cuando la posesión sea de mala fe.

Estas últimas características deberán demostrarse en un juicio de prescripción positiva ante la autoridad judicial local.

LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA *

Juventino V. CASTRO

El ideal de un orden jurídico nacional obviamente es el alcance de la justicia para la propia Nación, llevado a cabo mediante la implantación de un orden que si bien debe ser aceptado concientemente por sus habitantes, tendrá que ser impuesto coercitivamente mediante la majestad del Derecho. No puede haber más orden válido que el que se entronice en justicia, o de lo contrario estaríamos hablando de una tiranía, o bien de la paz impuesta mediante la fuerza y la violencia.

Adoptados estos principios por un Estado de Derecho, es natural que se plantee la disyuntiva de cómo se procura la justicia, y cómo se imparte; es decir: cómo se pide y cómo se da.

Es igualmente significativo que la petición de justicia originariamente correspondió a los miembros de una sociedad organizada dentro del campo del Derecho; pero a ciertos niveles —sociales más que individuales—, la procuración de justicia solamente puede entenderse vía órgano oficial, dedicado éste en forma especializada a ello, muy especialmente cuando se trata de superar la venganza o la revancha de quienes defienden intereses muy particulares.

Por ello la procuración de justicia, a nivel social, a nivel general, de acuerdo con texto expreso constitucional, se lleva a cabo dentro de un sistema acusatorio, para superar al inquisitivo, y mediante la intervención de un órgano oficial, sujeto a un estricto sistema de legalidad, y no de oportunidad o discrecionalidad, que sólo puede plantearse mediante el ejercicio de una acción procesal ante tribunales, y permitiéndose la igualdad litigiosa entre la Nación-Estado y el individuo, o las instituciones grupales que éste legalmente puede crear.

Esta sería la primera reflexión sobre el campo de acción de la procuración de justicia, que es el tema de esta exposición.

Sin embargo, la impresión común respecto al concepto exacto de la procuración de justicia en general, y de los procuradores en lo par-

* Presentado en el Cuarto Congreso de Doctores en Derecho del miércoles 8 de junio al viernes 10 de junio de 1988.

particular, e individualizando aún más de los agentes del Ministerio Público, y sus auxiliares miembros de la Policía Judicial, difiere totalmente del anterior esquema. Hay por el contrario una obsesión constante a este respecto, ya que si se habla de la procuración de justicia, automáticamente se piensa en la búsqueda de la justicia penal, y más exactamente en la persecución de los delitos. Parecería que no hay otro concepto válido si no es el referido a la investigación de los delitos, y al ejercicio de la acción pública penal.

Quizá en esto colabora —entre nosotros— el artículo 21 constitucional, que al pretender distribuir con atingencia competencial quién aplica las sanciones penales, quién propone esa sanción por las posibles comisiones de ilícitos penales, y qué otras autoridades, bajo qué otros regímenes, imponen arrestos, además de otras sanciones a las personas por la infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, deja la impresión de que sólo existe un órgano persecutor y accionador ante los tribunales, que no debe rebasar a otras autoridades, y que tampoco permite que éstas lo rebasen, y que toda referencia al Ministerio Público, y a la procuración de justicia, está centrada en lo penal.

Inútil insistir en que el artículo 21 constitucional pretende únicamente la clarificación de jurisdicciones y de funciones que resultan importantes como forma de establecer una garantía constitucional, de manera que asegure a ese nivel que a los individuos no se les puede aplicar penas más que por los jueces, no los pueden acusar más que los agentes del Ministerio Público, y no los deben sancionar administrativamente más que las autoridades de esta calidad, pero sin que de ninguna manera se pretenda que se ha agotado el esquema de la procuración de justicia con las menciones de este artículo 21. Como igualmente parece no advertirse que hay otro artículo constitucional, el 102, que en materia de procuración de justicia a nivel federal, ya resulta sumamente clarificador al indicar otras funciones bien precisas, de tanta o mayor importancia que la de mero órgano para ejercitar el *jus-puniendi* del Estado, superador de los sistemas de venganza privada y venganza pública que son su antecedente histórico totalmente abandonado a la fecha.

Habría por lo tanto que recordar algunas de las otras funciones que, centradas en la procuración de justicia, nada tienen que ver con la persecución penal, y en cambio precisan un quehacer de la procuración en el cual rara vez se fija la atención conciente para un órgano equilibrador, requirente, vigilante y productor de situaciones jurídicas entre las personas, y la nación, la sociedad o el interés general.

Es así resaltable entre otras funciones la del Procurador en todos los negocios en que la Federación fuese parte, para la defensa y la representación precisamente de ésta, principalmente respecto de su patrimonio. Y recordar además, que los Procuradores de los Estados —en los términos de sus respectivas constituciones locales—, también representan y patrocinan los intereses del Estado federado en todas las controversias que afecten a éste. En lo Federal, adviértase que el Procurador General de la República no interviene en representación del Ejecutivo Federal, quien lo nombra y podría destituirlo, si fuese el caso. Abarca, más extensivamente, los intereses de las tres ramas que constituyen el Poder Federal: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Lugar destacado desempeña el Procurador General de la República como Consejero Jurídico del Gobierno. Esta asesoría técnica privilegiada, definitivamente coloca al Procurador General como el experto en derecho a quien se debe escuchar —si así resultara procedente—, ahora sí únicamente por el Ejecutivo Federal. Inclusive en algunos aspectos tan delicados como los previstos en el artículo 29 constitucional, se le menciona para intervenir en el inicio de procedimientos que pudieren llevar a la suspensión de garantías constitucionales, según mandato específico de que debe ser escuchado el Procurador, en ese proceso. Y nuevamente a este respecto, habrá que recordar que de acuerdo con las Constituciones locales de los Estados, el Procurador de Justicia de cada entidad actúa a ese nivel de Consejero Jurídico del Gobernador del Estado. Inútil tratar de subrayar la importancia funcional de esta atribución, no ejecutiva, pero de gran trascendencia para el Poder Ejecutivo de la Federación o de los Estados, quienes sí tienen atribuciones concretas para vigilar que se cumpla estrictamente con la legalidad.

Igual comentario destacado debe merecer la fracción XV del artículo 107 constitucional, que obliga al Procurador General de la República, o al agente del Ministerio Público que al efecto designare, de actuar como parte de todos los juicios de amparo. Es bien sabido que hasta la expedición del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1909, se reconoce plenamente como parte en el juicio de amparo a la autoridad responsable, que hasta esas fechas simplemente intervenía justificando en su informe sus actos, y en etapas posteriores permitiéndole aportar pruebas y alegar, y que en esa virtud desde esas fechas se establece totalmente como la contraparte del quejoso o agraviado.

Precisamente, y a la vista de estas particularidades, la contraparte opositora del quejoso lo era el Promotor Fiscal, que tiempo después se convirtió en el Ministerio Público Federal. Por ello, es que en este momento histórico el Ministerio Público cesa de ser en el juicio de amparo el defensor o justificador de las autoridades responsables del acto impugnado por el quejoso, y toma su papel moderno de vigilante de la constitucionalidad y de la legalidad, que a la fecha ya reconoce en sus términos textuales la primera de las fracciones del artículo 2º de la actual Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y que ratifica su artículo 3º, el cual precisa que debe ejercer el Ministerio Público Federal esa función de vigilancia de la constitucionalidad y de la legalidad.

Desde entonces, y porque su función cambió fundamentalmente, el Ministerio Público Federal ya no es defensor forzoso de las autoridades responsables precisamente dentro de los juicios de amparo. Ahora pueden y deben abundar en la defensa de los derechos de los quejosos —si llegan al convencimiento en tal sentido—, o aun disentir totalmente de las dos posiciones encontradas, planteando cuestiones ya de improcedencia de la acción, o bien de fondo, en la procuración de una mejor justicia a su más alto nivel como es la que persigue el proceso constitucional de amparo.

Pero todo lo anterior muestra una referencia al Ministerio Público Federal como parte legítima en todos los juicios de amparo, posición que no es la única que asume en el juicio constitucional, y vale la pena analizarlas aunque sea sumariamente por la gran importancia que tienen los múltiples desempeños que se le ordenan en el proceso de amparo a una Institución con otros múltiples atributos asignados en leyes constitucionales y reglamentarias.

En efecto, y en primer término, debe advertirse que el Procurador General de la República y los miembros del ministerio pueden desempeñar todas las menciones de partes que se señalan en el artículo 5º de la Ley de Amparo: como quejoso o tercero perjudicado, el Procurador General de la República representante de la Federación; como autoridad responsable, tanto él como otros funcionarios de la procuración, en aquellos amparos penales en que hayan intervenido en el mandato o en la ejecución de actos posiblemente violatorios de garantías constitucionales; y como parte permanente en el juicio de amparo, según se acaba de examinar.

Y sin embargo, todavía en una labor permanente, los artículos 113 y 157 de la Ley de Amparo le señalan al Ministerio Público Federal la

corresponsabilidad —en unión del juez del proceso—, para que ningún juicio de amparo se archive sin que quede enteramente cumplida la sentencia en que se hubiere concedido al agraviado la protección constitucional, o apareciere que ya no hay materia para la ejecución; o bien para cuidar que los juicios de amparo no queden paralizados, contribuyendo así para que se provea lo que corresponda hasta que se dicte la sentencia pertinente.

Estas obligaciones evidentemente no las asume el Ministerio Público Federal como parte estricta en el juicio de amparo, sino en su calidad de auxiliar del juez o del tribunal, para que se obtenga la pureza en los trámites del juicio de amparo, y para que se cumplan sus mandatos. Y este auxilio a los jueces y tribunales de amparo se reafirma al intervenir en las resoluciones en materia de suspensión, sobre todo para que ésta no signifique perjuicio al interés social, ni contravenga disposiciones de orden público.

Queda a cargo exclusivo del Procurador General de la República —y ya no de sus agentes—, dos funciones de la más alta jerarquía constitucional: opinar o denunciar la existencia de tesis contradictorias de los tribunales correspondientes en materia de amparo —Salas de la Suprema Corte o Colegiados de Circuito—, y establecer criterios jurisprudenciales que deban seguirse en lo sucesivo —en calidad de jurisprudencia obligatoria—, con la misma fuerza que si fueren mandatos ordenados en ley del Congreso; y finalmente, en la intervención privilegiada en la nueva facultad atrayente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual muchos estudiosos quieren ver un *writ of certiorari* a la mexicana.

Frente a la trascendental reforma constitucional y reglamentaria que aparta para la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuestiones de estricta constitucionalidad —dejando bajo la responsabilidad de los Tribunales Colegiados de Circuito el control de la legalidad—, esta atribución puesta al cuidado de algunos miembros que componen el Poder Judicial de la Federación, y del Procurador General de la República, con exclusión de partes o sujetos jurídicos interesados en interponer recursos para alargar maliciosamente los procesos, resulta especialmente destacable, con la correspondiente ubicación del Procurador General de la República en calidad de activo colaborador no sólo del rescate de la constitucionalidad sino de la misma legalidad, ya que así Corte y Procurador podrán hacer notar que un asunto de esta última naturaleza —que no plantea ningún problema de constitucionalidad—, tiene sin embargo un interés general, o servirá para crear pre-

cedentes que deben merecer la especial atención e intervención de la Corte, para tomar conocimiento y resolver una cuestión que es muy importante para la justicia del país.

Valía la pena detenerse, como lo hemos hecho, en este capítulo de la procuración de justicia en el juicio de amparo, ya que las someras reflexiones que hemos resaltado al respecto podrán abrir a los juristas un campo vital que aún tiene mucho camino que recorrer.

No es el momento de analizar otras muchas funciones precisadas constitucionalmente por el artículo 102, que ordena la intervención del Procurador General de la República en las controversias que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión, entre un Estado y la Federación, o entre los Poderes de un mismo Estado, ni en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales. Pero sí en cambio (y sin mandato constitucional expreso, porque no se requiere semejante apoyo para el desempeño de funciones adicionales), precisar que existe una importante intervención de las Procuradurías de Justicia y de sus Agentes del Ministerio Público, en materia de juicios civiles, vigilando los intereses de los menores o incapaces, de los ausentes o de los ignorados, y de otro número importante de personas, instituciones o situaciones jurídicas, que no tienen representación o forma de expresión, y que deben merecer un apoyo y auxilio eficaz. Apuntamos también la intervención de las procuradurías en diversos trámites administrativos, en los cuales se juzga importante o necesario obtener la opinión o el auxilio de ellas o sus agentes para mejor proveer actos de autoridad.

Sin embargo, en esta exposición sobre la procuración de justicia, y por tratarse de una novedad introducida en la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es mi deseo analizar con mayor detenimiento una reciente función en materia penal, que aún no es operable, y cuya necesidad de reglamentación adecuada resulta pertinente y de especial vigencia.

El artículo 7º de la Ley Orgánica de la Procuraduría —en donde se enumeran las atribuciones del Ministerio Público Federal en materia de persecución de los delitos del mismo fuero—, en su fracción III menciona:

III. Impugnación, en los términos que la ley prevenga, de las sentencias definitivas que causen agravio a los intereses jurídicos de la sociedad, cuya representación corresponde al Ministerio Público.

La explicación que se da a esta nueva forma de impugnar las sentencias definitivas, según el texto preparado por la Procuraduría

General de la República, y con evidente inspiración en los conceptos expresados frecuentemente por su titular, doctor Sergio García Ramírez, textualmente dice:

Particular interés ofrece la atribución que la fracción III del artículo 7 de la nueva Ley Orgánica da al Ministerio Público Federal para impugnar sentencias penales definitivas que causen agravio a los intereses jurídicos de la sociedad, cuya representación corresponde al Ministerio Público.

Esta novedad introducida en la Ley Orgánica de la Procuraduría General, no se confunde con la impugnación mediante recursos ordinarios, que la propia Ley menciona separadamente, al final de la fracción II de ese artículo, y que ya existe en el sistema actual de enjuiciamiento. La Ley Orgánica abre aquí la puerta para la impugnación por amparo o, si se prefiere, por revisión o casación. No existe aún el procedimiento para que esto ocurra; simplemente se han planteado la facultad y la intención.

Acaso será difícil que se reconozca al Ministerio Público el carácter de quejoso en un juicio de amparo directo, en vista de la tradicional y arraigada concepción del amparo como medio de tutela de garantías individuales, entre éstas el control de legalidad, pero siempre cabe plantear el asunto dentro de una perspectiva similar a la que ya permite a órganos administrativos impugnar ante la jurisdicción federal, en forma de revisión, las resoluciones materialmente jurisdiccionales del Tribunal Fiscal de la Federación.

En la anterior transcripción no puede captarse con hondura cuál es esa afectación a los intereses de la sociedad de gravedad tal que haya motivado al Congreso Federal a otorgar —a iniciativa del Ejecutivo Federal—, una facultad al Ministerio Público Federal que evidentemente no está reglamentada. A pesar de ello se ha querido dejar constancia de su previsión y mención expresa.

Por ello vale la pena ejemplificar para que se logre entender cuáles son esas sentencias definitivas que no sólo resulta interesante impugnar, sino que causan verdadera alarma y conmoción a todo nuestro sistema, vistas las experiencias de la procuración de justicia, sobre todo a nivel federal.

Considérese como ejemplo de esta previsión el que un Tribunal Unitario de Circuito —por razones que no vale la pena especificar aquí—, resuelve la apelación de un sentenciado por un juez de Distrito en primera instancia, recurso que alega como agravio que el delito que se atribuye al apelante se funda en una disposición que el propio Magis-

trado del Tribunal Unitario de Circuito finalmente considera y declara inconstitucional.

Simplemente examina el tribunal de apelación al artículo del Código Penal Federal que es base de la imputación al procesado y sentenciado, y concluye que la disposición legal es inconstitucional, y que por ello no se le pueda aplicar al apelante como lo hizo el juez recurrido. En tal virtud revoca la resolución y ahora lo absuelve, ordenando se le ponga en total y absoluta libertad.

Evidentemente en contra las sentencias dictadas por un Tribunal Unitario de Circuito —al igual que las emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados—, que fueren contrarias a los interesados, aquéllos pueden interponer el amparo directo para que los Tribunales Colegiados de Circuito competentes decidan si se otorga la protección constitucional solicitada. Pero bajo nuestro sistema actual, el Ministerio Público, en calidad de tal no puede interponer la acción de amparo. Y no existe otra acción diversa para impugnar el abuso que ha cometido un Tribunal Unitario de Circuito al invadir la función de hacer valoraciones de constitucionalidad que corresponden a los jueces y tribunales de amparo en forma exclusiva, y bajo su personal criterio poner en absoluta libertad a un procesado y sentenciado.

Similares y aun mayores consideraciones podrían hacerse en materia de amparo penal, respecto de aquellas sentencias definitivas de segunda instancia que absuelvan a un procesado y sentenciado, contra constancias expresas de los autos, o bajo cualquier otro concepto inconsistente.

Una gran laguna en nuestras disposiciones legales existía —y de hecho persiste a la fecha—, a este respecto, y fuera de responsabilidades personales que se pueden exigir a los Magistrados que siguen estos procedimientos, las sentencias definitivas quedan firmes y son perfectamente válidas e inimpugnables. Hay ejemplos concretos a este respecto, que no es el caso mencionar.

Lo anterior puede ilustrarse con estas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia respecto al papel de la Institución como promotora del amparo en nombre de la Sociedad:

No puede el Ministerio Público promover amparo en nombre de la sociedad en general, porque este recurso ha sido creado para proteger a los individuos contra la acción del Estado, cuando ella

ataca garantías individuales, y a tanto equivaldría como conceder el amparo al Estado contra el Estado.

(Quinta Época, Tomo IX, Pág. 346).

Conforme a la Constitución General, el Ministerio Público Federal, tiene las siguientes atribuciones: ejercitar la acción penal y defender los intereses de la Federación ante los tribunales, ejercitando las atribuciones que le confiera la Constitución y las leyes; pero no puede solicitar amparo cuando obra en representación de la sociedad, ejercitando la acción penal, pues las garantías que otorgan los artículos 20 y 21 de la Constitución, están constituidas en favor del acusado y no en beneficio del acusador o denunciante, y mucho menos en favor del Ministerio Público, cuando obra en representación de la sociedad.

(Quinta Época, Tomo XXVIII, Pág. 2106).

Esto recuerda el controvertido tema del *amparo social*, o sea aquél que contrariamente al principio, históricamente sostenido, de que la acción de amparo no puede plantearse más que por persona directamente agraviada por el acto de autoridad, y sostiene que ante los derechos sociales instaurados por la Constitución de 1917 —sin enfrentarse a los derechos individuales—, debe crearse para el futuro una acción paralela a la actual, ahora por violación de los derechos que afectan a una clase, a un grupo, o bien a toda la sociedad en general en defensa de libertades o privilegios que la Constitución establece en lo general como podrían ser los que se refieren a los artículos de primera necesidad, a la protección al ambiente, o a las condiciones materiales en donde se desenvuelve el individuo para que las pueda defender con eficacia. No se afirma que forzosamente deba plantearse la acción social de amparo por el Ministerio Público Federal, sino por quien resulte legitimado por afectar sus derechos sociales, pero en materia penal por sentencias absolutorias de última instancia sí podría hacerla el Procurador General, si se llegare a crear esa acción, y en representación de la sociedad.

Pero ante la realidad actual sería contradictorio se propusiera un reconocimiento de la acción de amparo al Ministerio Público Federal, para combatir sentencias absolutorias de segunda instancia, rompiéndose el sistema de defensa de los derechos fundamentales o derechos humanos de los individuos, mediante el ejercicio de una acción que persiga ahora la defensa de supuestos derechos para la función pública.

Por otra parte volver a crear una casación —dentro de la cual el Ministerio Público sí es admitido para impugnar sentencias absolutorias

de segunda instancia—, o un recurso de súplica, que ya se creó y desapareció en su momento, tampoco parece la solución adecuada, ya que equivaldría a disfrazar la actual acción para crear la que propiamente sería de amparo, y otra de casación o súplica; la primera para los individuos, y las segundas para los funcionarios, que vendría a ser en deterioro de nuestra tradición jurídica, y a los altos beneficios que hemos obtenido mediante el mejor de nuestros procesos en defensa de la Constitución.

En mi concepto personal tenemos, en cambio, tradiciones que pudieran servirnos como modelo en paralelo para al mismo tiempo obtener la integración de nuestro sistema constitucional, sin involucrar al proceso de amparo en esta solución, sobre todo a la vista de la forma en que el amparo ha venido devorando a instituciones que en otros países tienen vida independiente, como podrían ser la revisión constitucional para impugnar leyes contrarias al texto de la Constitución, la propia casación, el contencioso administrativo, los juicios laborales por afectación de los derechos de los trabajadores de confianza al servicio del Estado, y otras similares.

Debe concluirse entonces —a la manera como se explica en la publicación de la Procuración—, que el mejor modelo a seguir en este caso sería la Revisión Fiscal.

Recordemos que en la Revisión Fiscal se plantea un problema similar respecto de las sentencias dictadas por las Salas Regionales o la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, contra cuyas resoluciones se admite una impugnación que, si se refiere a la del particular perdidoso corresponde a la vía del amparo directo contra la sentencia. Pero si el perdidoso en ese juicio es la autoridad fiscal (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), esta autoridad no puede pedir amparo por violación de garantías individuales —de las cuales carece—, y por tanto debe recurrir a la Revisión Fiscal, que hasta últimas fechas era del conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, por establecerlo en su tiempo así el tercer párrafo del artículo 104 constitucional, precisamente contra resoluciones definitivas de los tribunales de la contencioso-administrativo, y que ahora con la última reforma a dicho artículo 104 está previsto en la fracción I-B otorgándole jurisdicción a los Tribunales Colegiados de Circuito para conocerlos y resolverlos. Precisemos que estas disposiciones —la derogada y la vigente—, sujetan a las Revisiones a los trámites que la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución dicta para la revisión en amparo indirecto, si bien se está refiriendo a un procedimiento total-

mente diferente al amparo, y constituye un recurso esencialmente diverso pero similar. La disposición constitucional precisa que contra las resoluciones que dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno.

Con estas bases es bien claro que a similitud de la Revisión Fiscal se puede crear la Revisión Penal, contra sentencias definitivas absolutorias de segunda instancia, que se asemejaría igualmente a los juicios de amparo en revisión del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, pero sin que constituya acción de amparo, superando así la objeción ya examinada al respecto, y que podría ser ejercitada nada más por el Procurador General de la República. Sería de reflexionarse si los Procuradores Generales de Justicia del Distrito Federal y de los Estados pudieran impugnar o no las sentencias de segunda instancia del orden común, pero ésta es una opción en la cual no insistiré por pertenecer a un manejo hacia el futuro que aún no se está presentando, y que no es del caso abordar.

Por ello habría que preparar las reformas correspondientes a la fracción I del artículo 104 constitucional, y posiblemente adicionar una fracción I-C, para establecer la Revisión Penal.

Además, y para dar el fundamento suficiente a esta importante reforma, habría necesidad de introducir modificaciones y adiciones consiguientes tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, como la mención correspondiente en el Código Federal de Procedimientos Penales, para crear un artículo subsecuente al 398 bis actual, en que se crearía la Revisión Penal, y hacer las adaptaciones pertinentes para implantar la reforma.

Los caminos de la procuración de justicia, como puede observarse, son múltiples, y nuevas rutas están ya planteadas en leyes vigentes —como lo es la fracción III del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República—, y otras están por presentarse eventualmente.

En resumen: la administración de justicia plantea la disyuntiva de procurarla e impartirla. Hemos dado fe de un esquema de la procuración de justicia, fuertemente vinculada con su impartición, pero que se ubica en campo fundamentalmente diferenciado y con problemática distinta.

EVALUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
FEDERAL MEXICANA:

SU EVOLUCIÓN A PARTIR DEL MÉXICO
INDEPENDIENTE HASTA 1976

León CORTIÑAS-PELÁEZ

SUMARIO: *Lemas. Introducción. Primera parte: La Administración Pública mexicana a partir del México independiente. 1.A) Orígenes de la organización administrativa en la legislación del siglo XIX. 2.B) Primeros balbuceos de una Administración Pública no tan abstencionista. 3.a) El Banco de Avío para Fomento de la Industria Nacional. 4.b) Creación de una Dirección de Industria. 5.c) La creación de la Secretaría de Fomento. 6.d) El dualismo jurisdiccional y la creación de una jurisdicción administrativa autónoma. 7.C) Recapitulación provisoria. 8.D) Vaivenes menores en el siglo XIX y hasta la Revolución de 1910. Segunda parte: La Administración Pública Federal a partir de la Constitución de 1917, hasta el establecimiento de las bases orgánicas de su estructura actual (noviembre 1976). 9.A) La Constitución del 5 de febrero de 1917. 10.a) La cultura ibérica y la "propiedad condicional". 11.B) La organización administrativa en la legislación, de 1917 a 1946. 12.a) Continuación: De la crisis al término de la Segunda Guerra Mundial. 13.b) La administración centralizada, del cardenismo hasta el alemanismo. 14.c) La emergencia de la paraestatalidad hasta 1946. 15.C) La organización administrativa en la legislación, de 1946 a noviembre de 1976. 16.a) La administración centralizada, desde la postguerra hasta la víspera de la Reforma Administrativa de 1976. 17.b) La administración paraestatal, desde la postguerra hasta la víspera de la Reforma Administrativa de 1976: introito. 18.c) La administración paraestatal (1946-noviembre 1976): continuación. 19.aa) La paraestatalidad en la Constitución. 20.bb) Algunas creaciones institucionales relevantes (1946-noviembre 1976). 21.cc) Modalidades de vigilancia y control de la paraestatalidad: dos etapas. Tercera parte: Perspectivas para una evaluación de la Administración Pública en México a noviembre de 1976: 22.A) La perspectiva de los setentas: un horizonte complejo. 23.B) Los setentas: un horizonte: la otra mitad del universo relevante. 24.C) Debilidades y fortalezas del devenir administrativo. 25.D) El realismo jurídico y el hexágono de las prioridades de nuestra Administración Pública. 26.E) De la "teoría de la integración" de Rudolf Smend, proyectada a la Administración Pública en México. 27.F) "La ley de impotencia de la Administración". Bibliografía consultada, (citada abreviadamente en el texto).*

LEMAS

"Necesitamos precisar ideas, dictar normas y exigir responsabilidades efectivas para que la administración pública, sea honesta, eficiente, económica y de acuerdo con nuestra categoría de pueblo pobre" (Lázaro Cárdenas, *México a través de los informes presidenciales*, t. 5, vol. I, *La Administración Pública*, p. LVII).

"Dentro del ideal revolucionario, el Estado tiene que ser el más firme defensor de la seguridad y el orden, pero de un orden dinámico que no niegue la justicia ni sea obstáculo para el desarrollo histórico. Para alcanzar esta meta, el Estado debe intervenir, y aplicar su fuerza para transformar la estructura de la sociedad... El Partido de la Revolución Mexicana reconoce la realidad actual de la lucha de clases, y sostiene que la subsistencia de la sociedad no depende de la existencia de una clase social explotada" (Partido de la Revolución Mexicana, *El Segundo Plan Sexenal*, 1940, pp. 39-40).

"Se ha dicho, los administrativistas en el momento que se aproximaron al estudio de la Administración en su perfil jurídico, albergaban en el pecho dos almas, una de juristas y otra de estudiosos de la Administración Pública, de modo que no pocas veces han tenido que forzar su construcción lógica, formalista, tal y como puede ser conformada desde el punto de vista positivo, para aproximar la realidad de las normas a la realidad palpitante, viviente, del fenómeno administrativo que es en resumen producción social, esto es, la vida humana" (Jorge Olivera Toro, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal —autores mexicanos—*, p. 614).

"Si en la Constitución de 1857 se formó el ser del Estado Mexicano, sobre ideas políticas liberales, la eclosión que culminó con la Constitución de 1917, implantó reformas sociales y en su proyección estamos viviendo. Ella hizo surgir, en acelerado desarrollo, una Administración Pública que al lado de actividades de tipo clásico, tiene otras de evidente satisfacción del bienestar social.

"El Estado Mexicano, surgido de la Revolución, es profundamente social y participante activo en la vida económica de la nación. Al impacto de factores socio-económicos ha operado la transformación de su estructura administrativa. Al lado de la Administración clásica existe la social, prestadora de servicios y bienes, inserta dentro de la administración central, pero con mayor amplitud en los organis-

mos descentralizados y empresas públicas que forman el sector para-estatal.

"Es una administración rebotante de tareas y hace participar en ellas a los administrados. Su organización actual responde a la sociedad mexicana y a la programación política de su gobierno" (Jorge Olivera Toro, *ibidem*, p. 615, tomado de la *Memoria del Seminario sobre planeación socio-económica*, Ciudad de México: UNAM/Facultad de Derecho, 1965, pp. 195-222).

INTRODUCCIÓN

Estamos ante un tema inmenso, del cual esta investigación implica sólo una primera etapa de un trabajo mayor.

En verdad, toda evolución histórica comporta en su estudio un cierto grado de evaluación, por lo cual las etapas que se analicen estarán naturalmente compenetradas de una cierta postura al respecto de quien esto escribe.

La delimitación del tema, por su gran amplitud cuantitativa y cualitativa, obligará necesariamente a sacrificar algunos aspectos que, por su interés, esperamos desarrollar en dicho trabajo posterior, que el presente nos ha justificadamente provocado.

En este sentido, el tema se limita a lo mexicano, con exclusión de la doctrina y de la administración comparadas. La tentación de abordar la administración pública en los tres niveles de gobierno, con ser intensa, debe ser igualmente rechazada, por razones de brevedad, por lo cual la exposición se ciñe exclusivamente al nivel federal, sin que esto importe desconocer la trascendencia de los niveles estadual y municipal.

La evaluación evolutiva que nos ocupa pretende tener como límite temporal la administración *actual*. A este respecto y como es clásico en estas delimitaciones de épocas, ciertamente podrían defenderse diversos criterios, de tipo político (1929), de tipo histórico mundial (1945), de actualidades sexenales (diciembre 1982). Respetando la validez potencial de esos criterios alternativos u otros que fundamentalmente pudieran imaginarse, preferimos un criterio estricto de ciencia de la administración: entendemos así que la actualidad de nuestra organización administrativa pública federal, arranca con las leyes de diciembre de 1976, relativas a la Reforma Administrativa. Con ello evitamos "irrupciones fuera de tema", y queda claramente excluido lo referente a la planeación.

Como surge del sumario, el presente estudio consta de tres partes:

I) La Administración Pública mexicana a partir del México independiente; II) La Administración Pública Federal a partir de la Constitución de 1917, hasta el establecimiento de las bases orgánicas de su estructura actual (noviembre 1976); y III) Perspectivas para una evaluación de la Administración Pública en México (a noviembre 1976).

PRIMERA PARTE

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEXICANA A PARTIR DEL MÉXICO INDEPENDIENTE

1.A) *Orígenes de la organización administrativa en la Legislación del siglo XIX*

El periodo que se inició con la insurrección de Hidalgo y la Constitución de Apatzingán de 1814, se caracterizó al igual que el resto de este siglo mexicano, por lo menos hasta bien entrado su último cuarto, por un estancamiento económico general.¹ En particular y respecto de los once años de lucha (1810-1821), los dos factores que contribuyeron a esa parálisis general fueron lo destructivo de las guerras mismas y la prolongada inestabilidad política que las acompañaba, todo lo cual combinado con la inmadurez organizacional del Estado naciente, redundaba en una estructura administrativa amorfa, cuya influencia sobre el desarrollo económico era negativa; pues aquellos primeros gobiernos trashumantes o apenas formalmente instituidos, no podían proporcionar ni la paz necesaria para atraer cuantiosas inversiones extranjeras, ni efectuar mejoras internas que pudieran estimular el ahorro y la inversión nacionales.²

En este contexto, se dicta la *primera legislación orgánica* de nuestra administración centralizada nacional, mediante el *Decreto de la Regencia del Imperio de 8 de noviembre de 1821*, el cual se limita al establecimiento de las que serían, con leves modificaciones, las cuatro Secretarías del Despacho clásicas de nuestro derecho administrativo

¹ Hansen Roger D., *La política del desarrollo mexicano*, Ciudad de México: siglo XXI, múltiples ediciones desde 1971, p. 19.

² Hansen, *ibidem*, p. 20.

liberal, titulares respectivamente de los cometidos esenciales del Poder Público de la época:³

Relaciones Exteriores e Interiores,
Justicia y Negocios Eclesiásticos,
Guerra y Marina,
Hacienda.⁴

En lo sustantivo con relación a los cometidos asumidos por la administración pública, y en lo orgánico referente a esta organización del Estado-Gendarme,⁵ una búsqueda prolija —en los textos constitucionales de 1824, 1836, 1840 y 42, 1847 y 1857, e inclusive, en partes en el tenor originario de la Carta de Querétaro de 1917⁶— nos ha confirmado la casi absoluta inexistencia de preceptos siquiera programáticos que aludieran a la asunción por el Estado Mexicano de pautas de acción ajenas al abstencionismo decimonónico. Lo cual no es sorprendente pues, con excepción muy relativa por cierto de las “promesas incumplidas” de la Constitución montañesa de Francia de 1793 y del movimiento de los “Talleres Nacionales” promovido por Luis Blanc

³ Para la noción de los cometidos esenciales, v. Cortiñas-Peláez, León, “Estudio preliminar” de Omar Guerrero-Orozco, *La teoría de la administración pública*, Ciudad de México: Harla, 1986, pp. XXV-LXV, esp. XLIII-XLV.

⁴ Attolini, José, “Administración pública en México”, en Secretaría de la Presidencia, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal (autores mexicanos)*, Ciudad de México: Dirección General de Estudios Administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie: B) Bibliografía Núm. 5, 1976, pp. 65-69, esp. 65; Mijares-Palencia, José, *El gobierno mexicano, su organización y funcionamiento*, 1936, ed. facsimilar en Ciudad de México: Secretaría de la Presidencia/Dirección General de Estudios administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie B) Bibliográfica Núm. 3, 1976, p. 13, quien glosa el decreto reglamentario de 28 de noviembre de 1821.

⁵ Carrillo-Castro, Alejandro, *La reforma administrativa en México*, Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa S.A., 3 vols., 1980-82, vol. I, 1980, p. 49.

⁶ En este sentido, las recientes monografías semestrales relativas a la evolución de los cometidos del Poder Público en las constituciones mexicanas: Edgar Vázquez-Iturbe, *Los cometidos en la Constitución Política de la monarquía española de 19 de marzo de 1812 ó Constitución de Cádiz*; Jorge Alberto Beristáin-Silva, *Los cometidos en la Constitución de Apatzingán de 1814*; Tomás Tavera-Soria, *Los cometidos del Poder Público en las Cartas constitucionales de 1824*; Ángela Pacheco-Hernández, *Identificación de los cometidos de la Administración Pública en la Constitución centralista de las Siete Leyes de 1835-36 y en las Bases Orgánicas de 1843*; Alejandro Coca-Sánchez, *Los cometidos en la Constitución de 1857*; y Salvador Ponce-Rodríguez, *Comentarios a la Carta Constitucional mexicana de 1917 en su tenor originario, su estructura y cometidos*. Todos ellos presentados en la U.N.A.M./E.N.E.P. “Acatlán”, División de Ciencias Jurídicas, “Área Central” de la Licenciatura para Derecho, octubre-noviembre 1986.

en 1848, las estructuras incipientes del capitalismo atómico de pequeñas unidades⁷ impedían toda "conscientización normativa" de las potencias económico-sociales del Estado Moderno.

En concordancia con este horizonte extra-normativo de lo jurídico,⁸ en los treinta y dos años posteriores al Decreto de 1821 no hubo modificaciones mayores de nuestra organización administrativa, que entonces sólo seguía conociendo la modalidad centralizada.⁹ En este sentido, no se dio oposición formal alguna entre centralistas y federalistas en cuanto a las atribuciones respectivas de las dependencias¹⁰ del Poder Ejecutivo.

De este modo, *las Siete Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836* establecían igualmente cuatro secretarías:

Interior,
Relaciones Exteriores,
Hacienda,
Guerra y Marina.¹¹

Se apunta que en abril de 1837, la Secretaría del Interior incluía el ramo de Justicia, pero en el año de 1844 dejó de pertenecerle. En dato inesperado para la época¹² y que no hemos podido corroborar, se afirma que se habría creado en abril de 1835 la Secretaría de Fomento, respecto de la cual y como veremos, la creación suele situarse en la reorganización de 1853.¹³ Matizando un poco, *las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 13 de junio de 1843* establecieron cuatro secretarías:

⁷ Para la distinción entre el capitalismo atómico de pequeñas unidades y el capitalismo molecular de grandes unidades, v. Marchal, Jean, *Cours d'économie politique*, París: Médicis, 1956.

⁸ Para la consideración de los elementos extra-normativos de lo jurídico, v. Cortiñas-Peláez, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, 1972, *in totum*, esp. pp. 29-61.

⁹ Carrillo-Castro, *op. cit.*, 1982, III, p. 33.

¹⁰ En la terminología hoy vigente de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 24 de diciembre de 1976, art. 2º.

¹¹ Attolini, *op. cit.*, p. 65.

¹² Mijares-Palencia, *op. cit.*, p. 13, 2a. columna, citando al *Diccionario Histórico-Geográfico* de LEDUC.

¹³ Attolini, *op. cit.*, pp. 65-66; Carrillo-Castro, *op. cit.*, 1982, III, p. 33; y, señaladamente, José E. Iturriaga, "La administración pública durante la dictadura santanista", en *Aportaciones... (mexicanos)*, *op. cit.*, pp. 71-74.

Relaciones Exteriores, Gobernación y Policía; Justicia, Negocios Eclesiásticos, Instrucción Pública e Industria; Hacienda; y Guerra y Marina.^{13 bis}

2.B) *Primeros balbuceos de una Administración Pública no tan abstencionista*

Por supuesto que, como surge re los indicados organigramas, afectados gravemente los vínculos económicos entre la antigua metrópoli y la nueva Nación, la viabilidad del Estado Mexicano dependía en buena medida de su capacidad de organización político-militar. Simultáneamente empero, las expectativas populares de un mejor nivel de vida y las demandas de un florecimiento de las actividades comerciales e industriales a cargo de los nacionales, representaban un problema de cuya solución dependía también la viabilidad política estatal. Por tales razones y a pesar de haberse sostenido un enconado debate entre los partidarios de la reglamentación y los del libre cambio, el Estado se vio compelido a rebasar el papel regulador y a asumir presurosamente el de agente promotor del desarrollo.¹⁴

En este sentido, el empuje creador de Lucas Alamán nos ha dejado dos testimonios reveladores, respectivamente en 1830 el Banco de Avío para fomento de la industria nacional y la creación de la Secretaría de Fomento de 1853; así como un modelo de jurisdicción autónoma en el marco de la administración contenciosa.

3.a) *El Banco de Avío para Fomento de la Industria Nacional*¹⁵

Rebasó la política de fomento de la administración de Vicente Guerrero, que se había circunscrito al proteccionismo arancelario;¹⁶ desarrollando el gobierno de Anastasio Bustamante, con la asesoría de Lucas Alamán, un plan mucho más amplio, consistente en apuntalar con fondos públicos las primeras etapas del desarrollo industrial. El Banco se constituirá con un capital de un millón de pesos, recaudados de los

^{13 bis} Attolini, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴ Secretaría de la Presidencia, *México a través de los informes presidenciales*, Ciudad de México: Secretaría del Patrimonio Nacional y Secretaría de la Presidencia, 1976, Serie en 25 vols., esp. el t. 6, *El sector paraestatal*, p. XVII.

¹⁵ Secretaría de la Presidencia, *ibidem*, t. 5 sobre *La Administración Pública* (en 5 vols.), vol. I, p. 81, donde se transcribe la ley de 16 de octubre de 1830, tomada de la recopilación de Dublán y Lozano, II, pp. 293-294; y *El sector paraestatal*, *ibidem*, p. 7 ss., a quien seguiremos en este desarrollo.

¹⁶ Secretaría de la Presidencia, *El sector paraestatal*, *op. cit.*, p. 6.

impuestos aduanales sobre la importación de artículos de algodón; sus operaciones consistirían en otorgar préstamos a compañías o particulares, para el establecimiento de industrias y la compra y distribución de maquinarias para el uso de diversas industrias, principalmente la textil. Dada su trascendencia histórica en cuanto, salvo mejor información, se nos presenta como el primer antecedente de nuestras actuales instituciones paraestatales, juzgamos oportuno detenernos un poco en la significación de su emergencia en aquellos difíciles tiempos.

La idea de utilizar los fondos recaudados por impuestos a ciertas importaciones, para fomentar el desarrollo y la modernización de la industria nacional, fue aprobada mayoritariamente por el Congreso. El Banco de Avío representó un relativo alejamiento de los conceptos del *laissez-faire* y la facultad de Estado para apoyar financieramente a la industria, e influir de este modo en el ritmo y dirección del desarrollo económico. Este fue un primero y deliberado intento de la administración pública mexicana, para transformar las estructuras existentes de la actividad económica.

El Banco se constituyó en un instrumento de política económica de gran alcance, que planearía y fomentaría la industria y la colonización de ciertas regiones despobladas del país. Seguiría criterios racionales de inversión, de acuerdo a los intereses y necesidades de la nación, para lo cual emprendió una serie de estudios económicos sobre el estado de diversas industrias y estableció un sistema de jerarquías de inversión para el Banco. También había de ser un instrumento gubernamental que fomentara, no sólo el desarrollo, sino también la modernización de la industria y el mejoramiento cualitativo de las especies ganaderas y agrícolas del país, asumiendo riesgos para los que, en general, los particulares no estaban capacitados.

A la postre, el Banco de Avío alcanzó en forma limitada los objetivos para los que fue originalmente concebido. Sus logros quedaron muy a la zaga de los proyectos originales, que podrían haberlo convertido en el precursor de nuestra actual Nacional Financiera. Un análisis de sus actividades demuestra que, al igual que el resto de las maltrechas finanzas públicas de la época, el Banco estuvo siempre sujeto a los vaivenes de las turbulencias políticas de aquellos tiempos. No obstante, logró hacer productivo más de la mitad de su capital invertido, creando empresas y financiando métodos modernos de producción, sobre todo en la industria textil. De esta manera, el Banco de Avío fue un verdadero precursor, en el campo de la modernización industrial, y abrió el camino para que la iniciativa privada prolongara

este impulso, sobre todo en el ramo de los textiles, que había de perdurar por lo menos una década.

Institución tan promisoriosa no podía lograr consolidación duradera en aquellos tiempos de anarquía política y de desorden financiero. Los obstáculos políticos que entorpecieron las actividades del Banco comenzaron con la guerra civil iniciada en enero de 1832, la cual tuvo un efecto desastroso sobre el programa de fomento industrial, principalmente porque las comunicaciones interiores quedaron bloqueadas temporalmente y el puerto más importante del país quedó en manos de los insurgentes. El triunfo final del general Antonio López de Santa Anna coincidió con una época de confusión y de lucha interna: la política económica estuvo sujeta a los caprichos del caudillo, fundador en nuestro país de la estirpe del oportunista.¹⁷

Ante la bancarrota del erario público, el presidente López de Santa Anna dispuso de los fondos destinados al Banco, hasta que, en 1842, decidió suprimir la institución. En el decreto que dispone la desintegración del Banco, expone dos razones: que el Banco ya no podía seguir cumpliendo con el objeto que se le había asignado, puesto que ya no contaba con el capital necesario, *y que el espíritu de empresa en este ramo se había extendido en la República cuanto exige su verdadera felicidad, y no necesitaba ya la protección y fomento que le pudiera dispensar el Banco de Avío.* Así concluyó, doce años después de iniciado, el primer intento de la administración pública mexicana por intervenir activamente en el fomento de la actividad económica del país.

A pesar de las palabras optimistas expresadas por el presidente López de Santa Anna en el decreto arriba citado, el espíritu de empresa aún no alcanzaba un dinamismo satisfactorio y la industria mexicana permanecía muy a la zaga de sus competidoras extranjeras. De hecho, el que se desintegrara el Banco no significó la liberalización absoluta de la política económica, ni el fin de la intervención gubernamental en las empresas agrícolas o industriales.

4.b) Creación de una dirección de industria

El estado siguió utilizando de manera progresiva estímulos económicos en forma de exenciones de impuestos y protecciones arancelarias,

¹⁷ Madrid-Hurtado, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, Ciudad de México: Instituto de Capacitación Política/Partido Revolucionario Institucional, 1982, numeral 307, p. 137.

semejantes a las utilizadas en la primera década de la independencia. Más aún, en 1842, se creó una Dirección de Industria, que asumió algunas de las misiones que tuvo a su cargo el extinto Banco de Avío, en vista de la necesidad ineludible de que existiera un organismo que entrelazara y coordinara la actividad económica de los particulares con las políticas económicas de la administración pública.

Aunque esta nueva Dirección de Industria, a diferencia del Banco de Avío, no fomentó con fondos públicos el desarrollo industrial, representa una clara continuidad en el pensamiento económico de la época que, como lo reafirmarían los liberales avanzados en el Constituyente de 1856-1857,¹⁸ no renunció a la idea de que un Estado interventor era necesario en un país cuya infraestructura económica se empezaba a crear. La Dirección de Industria, creada en 1842,¹⁹ se convirtió en una parte importante del Ministerio de Fomento en 1853, antecedente administrativo de las posteriores secretarías de Economía Nacional y de Agricultura y Ganadería. Ahora bien, la peculiaridad de la aparición del Fomento, en nuestra organización centralizada, merece un epígrafe aparte.

5.c) La creación de la Secretaría de Fomento

Con posterioridad a las Bases de 1843, por decreto de 22 de abril de 1853, ya en su último gobierno y siguiendo puntualmente los consejos de Lucas Alamán, Antonio López de Santa Anna fraguó unas *Bases para la Administración de la República hasta la Promulgación de la Constitución*, en las que se preceptuaban las siguientes cinco secretarías de Estado:

"De relaciones exteriores.

De relaciones interiores, justicia, negocios eclesiásticos e instrucción pública.

De fomento, colonización, industria y comercio.

De guerra y marina.

De hacienda".^{19 bis}

En el lapso comprendido entre el 20 de abril de 1853 y el 11 de agosto de 1855, fecha del desplazamiento definitivo de Santa Anna

por la triunfante revolución de Ayutla, el entonces presidente mexicano quiso justificar la mano dura de su gobierno, mediante un reajuste o reforma en la administración pública, que prestase mayor eficiencia para desarrollar materialmente el país, el cual se hallaba en trance progresivo de involución en este aspecto material, merced a la guerra intestina recurrente desde que treinta y dos años atrás México alcanzara su independencia del dominio español.²⁰

Al igual que Porfirio Díaz lo hiciera un cuarto de siglo más tarde, Santa Anna quiso mostrar y contrastar la eficacia de un orden administrativo basado en un régimen de fuerza, frente a los gobiernos de inspiración liberal, cuya sabiduría administrativa permaneció casi inédita por falta de estabilidad política y de continuidad pacífica en el mando.²¹ No había surgido aún esa síntesis de dos elementos aparentemente antitéticos que sólo los gobiernos posteriores a la inicial Carta de 1917 han hecho posible: la estabilidad política por un lado y, por el otro, las libertades públicas y la promoción del desarrollo material del país mediante reformas a la administración pública, no siempre inspiradas en planes de tecnificación del aparato administrativo. Antes de la Revolución de 1910, tal parecía que el precio que la nación debía pagar por su paz interior y una administración pública propiciatoria de nuestro desarrollo económico, consistía en acatar un gobierno totalmente ajeno al sufragio universal directo y a la vigencia de las libertades públicas.²²

Ahora bien, reservando para después la fijación de las facultades y de los cometidos de las otras cuatro secretarías de Estado, las Bases precisaban en su artículo tercero las misiones que habría de cumplir la nueva dependencia del Ejecutivo, misiones éstas que muestran mejor todavía el afán que abrigaba Santa Anna de modernizar el país en su estructura material, bien que en otros órdenes, como es sabido, el dictador hubo de hacer recular el país hacia formas de vida social propias del virreinato:

"Artículo 3o. Los asuntos de que debe ocuparse el nuevo ministerio de fomento, colonización, industria y comercio, son los siguientes:

²⁰ Iturriaga, *op. cit.*, a quien siguen estos planteamientos.

²¹ González-Avelar, Miguel, *México en el umbral de la Reforma*, 1982, Ciudad de México: Federación Editorial Mexicana, S. A., *in totum*, quien realiza una inusitada, profunda y prolija reivindicación de los presidentes José Joaquín Herrera y Mariano Arista, entre junio de 1848 y comienzos de enero de 1853.

²² Iturriaga, *ibidem*.

¹⁸ Madrid-Hurtado, *op. cit.*, numerales 1188-1198, pp. 549-554; con especial referencia a las aportaciones de Ponciano Arriaga, de José María Castillo-Velasco y de Isidoro Olvera.

¹⁹ Para todo lo relativo a ella, v. *El sector paraestatal*, *op. cit.*, pp. 8-9.

^{19 bis} Attolini, *op. cit.*, pp. 65-66.

Formación de la estadística general, de la industrial, agrícola, minera y mercantil, siguiendo en cada año el movimiento que estos ramos tengan.

La colonización.

Las medidas conducentes al fomento de todos los ramos industriales y mercantiles en todas líneas.

La expedición de las patentes y privilegios.

Las exposiciones públicas de productos de la industria agrícola, minera y fabril.

Los caminos, canales y todas las vías de comunicación de la

El desagüe de México y todas las obras concernientes al mismo, república.

Todas las obras públicas de utilidad y ornato que hagan con fondos públicos".²³

Denotando la acuciosidad con que esta materia era encarada por el fugaz y postrero régimen santaannista, su *reglamentación de 17 de mayo de 1853* reprodujo textualmente la disposición que acabamos de transcribir, pero enriqueciéndola con tres nuevos apartados:

"Los establecimientos de enseñanza especial de los ramos industriales y mercantiles, en todas las líneas (...).

"Todo lo relativo a conserjería, muebles, útiles y obras de palacio, incluso las que se hagan en las cámaras.

"La Sociedad de geografía y estadística, y todas las otras de mejoras materiales e industriales".²⁴

6.d) *El dualismo jurisdiccional y la creación de una jurisdicción administrativa autónoma*

Las precisiones anteriores no terminan con las paradojas del régimen autoritario instaurado en 1853. El dictador pretendía potenciar la administración activa pero, por consejo de Teodosio Lares, el ilustre fundador del derecho administrativo mexicano y latinoamericano del siglo XIX, estableció igualmente una administración contenciosa. En efecto, en las propias Bases de 1853, la Sección Segunda regulaba en cuatro artículos *el establecimiento de un Consejo de Estado, jurisdicción retenida competente para entender de lo contencioso administrativo*, siguiendo en ello, no sólo la inspiración de la mejor doctrina

²³ Secretaría de la Presidencia, *La administración pública*, op. cit., I, pp. 347-48.

²⁴ *Ibidem*, p. 354.

administrativa entonces imperante en Europa y particularmente en Francia, sino también y muy especialmente el dualismo jurisdiccional (Poder Judicial Federal, pero también tribunales autónomos de lo contencioso administrativo), que era perfectamente posible y defendible en la tradición europea, y en la letra misma, del derecho constitucional mexicano de la época, integrado por la Constitución de 1824 y por el Acta de Reformas de 1847.²⁵ En efecto, matizando la unilateralidad anglosajona del amparo que nos sería impuesta, durante 80 años (1857-1937), por la interpretación vallartiana de la Constitución de 1857, no debe ocultarse que el sistema dualista o mixto mexicano nos viene de nuestra mejor tradición jurídica, la del liberal Urbano Fonseca²⁶ y la del conservador Don Teodosio,²⁷ cuya interpretación legislativa²⁸ y reglamentaria²⁹ del sistema constitucional de 1824-1847 permitía —mucho antes de la doctrina de Ignacio Mariscal y de la creación en 1937 del Tribunal Fiscal de la Federación— la armoniosa coexistencia de una jurisdicción "judicialista" presidida por la Suprema Corte y de una jurisdicción contencioso-administrativa, autónoma y ajena a la estructura, y quizá al reclutamiento,³⁰ del Poder Judicial

²⁵ La bibliografía mexicana a este respecto tiende a ser cada vez más abundante. Cfr. Antonio Carrillo-Flores en su prólogo a Teodosio Lares, *Lecciones de derecho administrativo*, Ciudad de México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852, ed. facsimilar, Ciudad de México: UNAM, 1978, pp. V-X; Cortiñas-Peláez, León, en su prólogo a Arturo González-Cosío, *El juicio del amparo*, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 2a. ed., 1985, pp. 15-16 y sus notas 18-22; Arturo González-Cosío, *El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 2a. ed., 1982, pp. 75-80; Jesús Javier Herrera-Gómez, "Jurisdicción administrativa e interpretaciones de la división de poderes", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares-Martínez*, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, 1984, I, pp. 255-277, y su bibliografía.

²⁶ Precisamente, reglamentando el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, Urbano Fonseca elaboró un proyecto de ley el cual, referido exclusivamente al amparo, remitía a otra ley ordinaria la reglamentación del contencioso administrativo, siempre en el marco entonces vigente de la Constitución de 1824. El proyecto de Fonseca puede consultarse en la clásica obra de S. Moreno-Cora, *Tratado del juicio de amparo*, Ciudad de México: La Europea, 1902.

²⁷ Lares, Teodosio, op. cit., 1852.

²⁸ Ley para el arreglo de lo contencioso administrativo, decretada el 25 de mayo de 1853, en Presidencia de la República, *La Administración Pública*, I, op. cit., pp. 355-356; tomada de la recopilación de Dublán y Lozano, VI, pp. 416-418.

²⁹ Reglamento de la ley anterior, expedida con esta fecha sobre lo contencioso administrativo, en *ibidem*, pp. 356-365; tomada igualmente de Dublán y Lozano, VI, pp. 418-425.

³⁰ La tradición franco-española promueve el reclutamiento de los titulares de la justicia administrativa autónoma en licenciados, no sólo en ciencias jurídicas, sino también en otras carreras afines con la administración pública, tales como administración pública, economía, contabilidad, ciencias políticas, historia, etcétera.

Federal y, en su caso, de los Poderes Judiciales de las Entidades Federativas.³¹ Sobre este particular, es significativa la reticencia de algún reciente libro mexicano sobre amparo,³² ante el "judicialismo" que generalizó, en 1869, el amparo en materia de derecho común, desvirtuándose entonces y por más de medio siglo, una interpretación del derecho constitucional y administrativo mexicano más acorde con nuestra tradición mixta y con lo que sería la evolución de nuestra ciencia jurídica, en este punto casi milagrosamente renovada por la inteligencia jurídica y la audacia institucional de los proyectistas de la ley de Justicia Fiscal de 1936.³³

7.C) *Recapitulación provisoria.*

Los apartados anteriores nos han permitido el señalamiento de una considerable modernidad, en la evolución mexicana, tanto de la administración activa, como de la administración contenciosa. Sin perjuicio de conectar más lejos el desarrollo administrativo mexicano con clásicas doctrinas e instituciones, como las del pensamiento medieval español y las del cameralismo alemán,³⁴ nos parece esclarecedora, en su tiempo y en la perspectiva del siglo XX, la convergencia en profundidad de los planteamientos de los gobiernos conservadores y de los más distinguidos abanderados del liberalismo puro y radical,³⁵ con una definida postura respecto de los cometidos de la administración pública activa, la cual nos parece inseparable, en buena técnica del derecho público, de una firme autonomía de la jurisdicción en el marco de una progresista administración contenciosa.

8.D) *Vaivenes menores en el siglo XIX y hasta la revolución de 1910*

Podrían hacerse aquí interminables precisiones respecto de algunas modificaciones menores, experimentadas en este periodo por la organización administrativa centralizada, respecto de la cual y para un

³¹ En este sentido, los *Comentarios al Proyecto de Ley de jurisdicción contencioso-administrativo para el Estado de México*, presentados por un grupo de profesores de la División de Ciencias Jurídicas, UNAM/ENEP. "Acatlán", encabezados por los CC. licenciados: León Cortiñas-Peláez, Jerardo Espinoza-Carrillo y Jorge Iván Montañez-Ojeda, noviembre de 1986, 26 ff.

³² González-Cosío, *El juicio...*, op. cit., numerales 25 y 50.

³³ Antonio Carrillo-Flores, Alfonso Cortina-Gutiérrez y Manuel Sánchez-Cuén.

³⁴ *Infra*, numeral 10.

³⁵ Los precitados *supra*, en la nota 18.

periodo de 161 años (1821-1982) existe un espléndido organigrama que, por razones materiales y de brevedad, rogamos tener aquí por inserto.³⁶

Cabe empero el señalamiento de que las urgencias militares y financieras del gobierno legítimo de la República llevaron, por *decreto del 6 de abril de 1861*,³⁷ a reducir a cuatro las Secretarías, quedando como sigue:

"Relaciones Exteriores y Gobernación;
Justicia, Fomento e Instrucción Pública;
Hacienda y Crédito Público; y
Guerra y Marina".

Un indicio de la agitación política y de las indefiniciones de organización administrativa de ese periodo juarista, por tantos otros conceptos admirable, nos lo brinda *un nuevo decreto de junio 12 de 1861*,³⁸ que restableció las cinco Secretarías; decreto a su vez modificado por un decreto de 16 de diciembre de 1861, que reducía a cuatro las secretarías y cuyo tenor literal nos ha sido imposible consultar directamente.³⁹

Posteriormente, la progresiva integración bajo Porfirio Díaz del país en el capitalismo anglosajón mediante la densificación de la red de ferrocarriles, así como una centralización creciente de todas las regiones mexicanas en dirección del Distrito Federal, explican la única novedad del *decreto orgánico de 13 de mayo de 1891*, que estableció siete Secretarías:

"Gobernación;
Relaciones Exteriores;
Justicia e Instrucción Pública;
Fomento;
Comunicaciones y Obras Públicas;
Hacienda, Crédito Público y Comercio;
Guerra y Marina".⁴⁰

³⁶ Carrillo-Castro, *La reforma...*, op. cit., I, 1a. ed., 1973, pp. 72-73; y III, 1982, pp. 32-33.

³⁷ Mijares-Palencia, op. cit., p. 13.

³⁸ Mijares-Palencia, *ibidem*.

³⁹ Mencionado en *ibidem*, p. 14, 1a. columna.

⁴⁰ Attolini, op. cit., p. 66; Mijares-Palencia, op. cit., p. 14; y, respecto del agregado de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, v. *Diario Oficial*, No. 116, 15 de mayo de 1891.

Respecto de este último organigrama, se produjo en buena medida una duplicación de cometidos y facultades, al encomendarse a la nueva Secretaría diversos ramos anteriormente de la incumbencia de la Secretaría de Fomento.⁴¹

Esto último es menester situarlo, en los treinta y cinco años del Porfiriato (1876-1911). En este periodo, sin desarrollo social pero con sostenida expansión económica encuadrada por la incentiva de la dependencia en el marco de los imperialismos europeos y angloamericano, tres factores ayudan a explicar la transición del estancamiento al crecimiento, de la cual la indicada modificación del nivel centralizado de la administración pública testimonia. Fueron ellos, el surgimiento de la estabilidad política, pues la oposición fue aplacada o decapitada,⁴² sobreviviendo la pacificación y una paz relativa; la inundación del país por la inversión extranjera, atraída por los recursos de México y por la seguridad de la paz porfiriana, inversión que capacitó a Díaz para financiar la paz forrando los bolsillos de los buscadores de poder y de posición;⁴³ finalmente, la integración de la economía mexicana, no sólo en el mercado mundial, sino respecto de sí mismo, puesto que los nuevos sistemas de transporte hicieron que los productores mexicanos de repente se encontraron en condiciones de penetrar en su propio mercado nacional.

Cabe recordar, para terminar este vistazo sobre las condiciones imperantes antes de la Revolución Constitucionalista, que la lozanía económica abandonó a la administración porfiriana en la primera década del siglo XX. La demanda mundial de las exportaciones mexicanas disminuyó notablemente al terminar el siglo, los salarios reales bajaron aproximadamente una cuarta parte entre 1898 y 1911 con el resultado de "un estado de hambre entre nuestras clases bajas",⁴⁴ la dominación del México rural por el sistema de la hacienda fue completando un México rural separado del sistema comercial de las ciudades y pueblos costeros, la aplicación desviada de la Ley Lerdo de 1856 se interpretó en el sentido de que todas las propiedades comunales indígenas debían entregarse en forma privada, con lo cual todas las tierras comunales terminaron en manos de las compañías deslindadoras o de

⁴¹ Mijares-Palencia, *op. cit.*, p. 14.

⁴² Hansen, *op. cit.*, p. 23.

⁴³ *Ibidem*, pp. 23 y 174-224.

⁴⁴ Bulnes, Francisco, *El verdadero Díaz y la Revolución*, Ciudad de México: Editora Nacional, 1952, p. 398; Molina-Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, Ciudad de México: Imprenta de A. Carranza e Hijos, 1909, p. 237.

los latifundistas.⁴⁵ En ningún momento de su historia, había habido tantos mexicanos sin tierra. Lo que ocurría en el México rural era la creciente concentración de la propiedad territorial; lo que no ocurría era el aumento de la producción per-cápita. La agricultura comercial crecía en respuesta a las ampliadas oportunidades que ofrecía el mercado internacional; y así, mientras los hacendados destinaban su poder de compra a la importación de artículos suntuarios y a pasar vacaciones en Europa, el mercado interno efectivo se reducía al 20% de habitantes que vivían en los pueblos y ciudades, donde incluso las tendencias regresivas de la relación entre precios y salarios, iban menguando el tamaño de la población que podía comprar algo más que lo estrictamente indispensable.⁴⁶

SEGUNDA PARTE

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917, HASTA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS BASES ORGÁNICAS DE SU ESTRUCTURA ACTUAL (NOVIEMBRE DE 1976)

9.A) *La Constitución del 5 de febrero de 1917*

El propósito formal de Carranza era la restauración de la Carta liberal de 1857, pero la firmeza y audacia del Constituyente llevaron a plasmar, inclusive en el tenor prístino, principios e imperativos cuya constitucionalización configuró la irradiación universal del "constitucionalismo social mexicano".⁴⁷

Precursora de las innovaciones de la Constitución soviética de 1918, de la Constitución alemana de Weimar⁴⁸ y de la segunda República Española de 1931, la aportación de la Primera Constitución Económica y Social del Mundo ha sido reconocida en este papel precursor por la más ilustre doctrina europea, encabezada por el Decano de la Universidad de París I (Panteón-Sorbona).⁴⁹ Esta Constitución, fruto

⁴⁵ Hansen, *op. cit.*, pp. 31-40.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁷ Sayeg-Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, 4 vols., 1972-1975, Ciudad de México: Cultura y Ciencia, A. C., esp. IV, pp. 187-319.

⁴⁸ Patton-Glade, Jr., William, "Las empresas gubernamentales descentralizadas", en Secretaría de la Presidencia, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal (autores extranjeros)*, Ciudad de México, Dirección General de Estudios Administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie: B) Bibliográfica Núm. 4, 1976, pp. 317-547, esp. 338.

⁴⁹ Colliard, Claude Albert, *Libertés publiques*, 4a. ed., París: Dalloz, 1974, p. 638.

de un movimiento armado que costó más de un millón de muertos, se propuso complementar los objetivos abstencionistas del Estado liberal burgués de Derecho, mediante los ricos contenidos de lo que terminaría conociéndose en la doctrina comparada como el Estado Democrático y Social de Derecho.⁵⁰ Por ello, la casi fascinación ejercida desde un principio, sobre la doctrina y numerosos textos positivos de América Latina,⁵¹ incluido el actualísimo de la Constitución de Nicaragua de 1987.⁵² Por ello también, el que la Constitución Mexicana, a pesar o quizás gracias a sus numerosas adiciones y modificaciones durante ya setenta años, se ha convertido en una de las más antiguas y veneradas Cartas Magnas de todas las familias jurídicas, siendo únicamente superada en ancianidad por la angloamericana de 1787 y algunas europeas del siglo XIX.⁵³

La crisis de la administración pública abstencionista, que se empieza a insinuar en el primer tercio del siglo XIX, en realidad viene a aflorar hacia la Primera Guerra Mundial. Cuando los vestigios de las antiguas estructuras políticas empiezan a desaparecer, empieza a hacerse concomitantemente conciencia de que el Estado no tiene ya respuestas para los problemas sociales y económicos que están planteándose, y que es indispensable que dé pasos adelante, que revise estructuras, que las adecúe, que introduzca nuevas. El primer país en el mundo que da una respuesta normativa concreta es nuestro México. La Constitución de 1917, concibe ya un Estado de Servicio, manifestado en el imperativo de una potente administración prestacional.⁵⁴ Un Estado de Servi-

⁵⁰ Por todos, Cortiñas-Peláez, León, "Una interpretación planetaria del Hombre y del derecho público", Introducción General a *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, 5 vols., Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. I, pp. XXXIX-CLIX; con especial referencia a la contribución de Wolfgang Abendroth. "El Estado democrático y social de derecho como imperativo político", *ibidem*, I, pp. 803-846.

⁵¹ Patton-Glade, *op. cit.*, p. 339 en nota.

⁵² Corte Suprema de Justicia, *Texto de la Constitución* aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Nicaragua, Managua: Seminario Internacional "Derecho y Justicia en la Constitución", 14-21 diciembre de 1986; texto publicado y promulgado en enero de 1987.

⁵³ En este sentido, en nombre de los tres Poderes de la Unión, el discurso pronunciado el 5 de febrero de 1985 por el C. licenciado Miguel González-Avelar, entonces presidente de la Gran Comisión del Senado de la República.

⁵⁴ Más ampliamente, Cortiñas-Peláez León, "Estado democrático y administración prestacional", Ciudad de México: *Revista mexicana de ciencia política*, No. 68, 1972, pp. 75-99, Madrid: *Revista de administración pública*, No. 67, 1972, pp. 95-149; Montevideo: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXII, Nos. 1-4, 1971, pp. 97-138.

cio⁵⁵ que se responsabiliza de los problemas básicos de una sociedad en vías de desarrollo, de una sociedad cuya evolución ascendente la convierte en una sociedad en perpetuo devenir. De esta manera, *México, después de ser importador de instituciones*, resultado de experiencias ajenas, *empieza a ser aportador de soluciones*. El Estado de Servicio reconoce, al impulso inolvidable de las masas obreras y campesinas⁵⁶ que lo forjan en los campos de batalla, que tiene responsabilidades ineludibles en la solución re los problemas económicos y sociales.

Para las responsabilidades del trabajo y de la previsión social, se incorpora expresamente el Título Sexto, cuyo artículo 123 ha dado la vuelta al mundo, como testimonio de la originalidad y hondura del Constituyente de Querétaro.⁵⁷ Para las responsabilidades económicas, sin hacer por ahora referencia a las adiciones y modificaciones de los últimos setenta años, surge el artículo 27. La trascendencia de este último, en el tema de este trabajo, nos exige su tratamiento en epígrafe separado.

10.a) *La cultura ibérica y la "Propiedad condicional"*

Es de esencial exploración en una sociedad dada, la "tolerancia" que la misma siente frente a la injerencia de la administración pública en la vida económica y social. Los tronques romano y germánico de la cultura ibérica no presentan la misma resistencia a la expansión de la institución gubernamental que existe en general en los países anglosajones y, particularmente, en los Estados Unidos del Norte. En este último país, y esto explica su visceral y tenaz resistencia de décadas a las nuevas reglas constitucionales mexicanas, la posición correcta de rigor ha sido antigobiernista, actitud que se resume perfectamente en la frase: "El mejor gobierno es el que gobierna menos".⁵⁸

Como lo ha enfatizado la historiografía de la civilización ibérica,⁵⁹ cabe distinguir el proceso gubernamental unitario de los pueblos latinos, radicalmente, del proceso gubernamental dualista de las comu-

⁵⁵ Carrillo-Castro, *op. cit.*, III, p. 305; López-Portillo y Pacheco, José, "La reforma administrativa en la administración para el desarrollo en México", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 641-646, esp. p. 642.

⁵⁶ Madrid-Hurtado, *op. cit.*, numeral 62, p. 36.

⁵⁷ Por todos, los tratados mexicanos de derecho laboral, esp. de Mario de la

⁵⁸ Patton-Glade, *op. cit.*, p. 333, a quien aquí seguiremos.

⁵⁹ J. P. Oliveira-Martins, "La civilización ibérica", Ciudad de México: *Cuadernos de Cultura*, 1944, I, p. 47.

nidades anglosajonas, que siempre sitúan a los gobernados actuando en contraposición a los gobernantes. El concepto del Estado y de su administración pública que surgió de las experiencias vitales de los pueblos ibéricos, ha sido reforzado en diversos puntos de su historia cultural: el legado de la Roma imperial (incluida la fase bizantina), la influencia del Islam y la presión para que hubiera más firmes controles sociales durante el periodo de la Reconquista, las doctrinas sociales de la Iglesia Católica, la experiencia del periodo colonial, la intensidad intervencionista de la versión germánica del "Estado de la buena policía" y de las doctrinas de la Cameralística alemana⁶⁰ y las realidades económicas patentizadas por las crisis recurrentes del mundo capitalista durante el siglo XX.

Por principio de cuentas, la tradición de un gobierno fuerte, con prerrogativas para intervenir en los asuntos económicos y sociales de sus ciudadanos, con cierta responsabilidad por el bienestar económico general, es sólo un aspecto de la muy compleja estructura neorromana que ha caracterizado a los pueblos ibéricos desde la Reconquista.⁶¹

Una monarquía cada vez más fuerte y que asume los cometidos del Estado imperial romano, fue el sistema que España trajo a Nuestra América en el siglo XVI. Como era de esperar, el régimen colonial era intervencionista por naturaleza, y contaba con numerosos organismos dedicados a definir las relaciones entre la administración pública y la empresa económica entre los cuales el primero y principal organismo era la propia monarquía, mediante su dominación directa sobre tierras y aguas, su gran preocupación por la minería⁶² y la concentración de facultades en el virrey.⁶³

Curiosamente, la expansión del liberalismo y del positivismo en el México del siglo XIX, patentizada en los "científicos", refleja una desintegración del viejo sistema cultural administrativo de los pueblos ibéricos, puesta de manifiesto en que los dirigentes mexicanos decimonónicos no encontraban, en sus propias tradiciones ni en su herencia cultural, las soluciones a los problemas que los rodeaban y las buscaron en una tradición cultural completamente ajena a la suya, la del liberalismo político y económico de los pueblos angloamericanos, cuya

⁶⁰ Guerrero-Orozco, Omar, *Las ciencias de la administración en el Estado absolutista*, con *Presentación* de Armando Suárez y *Prólogo* de Mariano Baena del Alcázar, Ciudad de México: Fontamara, 1986.

⁶¹ Patton-Glade, *op. cit.*, p. 335 y la obra de Nelson citada en su nota 8.

⁶² Patton-Glade, *ibidem*.

⁶³ Gordon-Schaeffer, Wendell Karl, "La Administración Pública mexicana", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 199-303, esp. p. 214.

irrupción normativa formal parece documentarse en la Constitución de 1857 y sus principales leyes reglamentarias. Cabe añadir que el positivismo mexicano era más spenceriano que comtiano: mientras Comte subordinaba a los individuos a la sociedad en todos los aspectos materiales (sociocracia) y abogaba porque la administración pública interviniera y controlara la riqueza, los positivistas mexicanos seguían a Spencer (y su interpretación de Darwin) al relegar al Estado al papel pasivo de guardián del orden público y al abogar por la libertad de los individuos para enriquecerse sin otras limitaciones que su propia capacidad. El movimiento positivista se reveló como instrumento ideológico de la naciente burguesía: ideología que con el Porfiriato llegaría a sacrificar el liberalismo político al liberalismo económico.

La Revolución mexicana del siglo XX representa no solamente una innovación en sus procesos filosóficos e institucional, sino también una reversión a la subyacente tradición de sentido común de los pueblos mediterráneos y, muy particularmente, la reasunción del sistema ibérico de desarrollo institucional. De nuevo el Estado asume la responsabilidad del bienestar general y una declarada política intervencionista. La ampliación del concepto de utilidad pública, el crecimiento de la legislación administrativa, el establecimiento de empresas estatales y mixtas, la detallada reglamentación estatal de las relaciones económicas, el control del Poder Público sobre el comercio internacional y la industria doméstica, todas estas cosas pueden rastrearse en el pasado a través de España, Bizancio y Roma, hasta la antigüedad, sin excluir la importante aportación de los países germánicos y la doctrina de los cameralistas. Haciendo hincapié en la integración de la vida colectiva, *el objetivo es más de fines que de medias*: el Estado se propone una economía funcional nacionalista, una economía nacida de conceptos tradicionales de México, aplicable a un medio social cambiante *cuyas instituciones*, aunque inspiradas libremente en el capitalismo y en el socialismo, *se basan esencialmente en la función más bien que en el derecho*.⁶⁴

Sin fijarnos ahora en las enriquecedoras adiciones y modificaciones experimentadas por el texto originario de la Constitución de 1917, importa el señalamiento de que se sostiene que *los artículos 3, 4, 73 y fundamentalmente el texto pristino del 27, conceden "carta blanca"*

⁶⁴ G. Sarames, "Third System in Latin America: México", en *Inter-American Economic Affairs*, vol. V, No. 4, primavera de 1952, p. 72; *apud* Patton-Glade, *op. cit.*, p. 339.

para la intervención del Estado en casi cualquier área de la economía.⁶⁵ Baste recordar aquí el tenor de los tres primeros párrafos del artículo 27:

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, *corresponde originariamente a la nación*, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

"Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y *mediante indemnización*.

"La nación tendrá en todo tiempo *el derecho de imponer* a la propiedad privada *las modalidades que dicte el interés público*, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para (...) *evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad*. (...)

"Corresponde a la nación el dominio directo de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos (...)"

Estas cláusulas, al reconocer la propiedad privada como una creación específica del Estado, *confieren al derecho de propiedad una naturaleza puramente estatutaria* y proporcionan la refutación fundamental a la vieja idea de la privacidad y absolutismo de la propiedad privada individual. El artículo 27, bien interpretado de acuerdo a la teleología revolucionaria de las instituciones patrias, constituye una *apoyatura decisiva para la acción eficiente de la administración en el cumplimiento de los cometidos del Poder Público* a ella encomendados por el ordenamiento jurídico objetivo. En efecto, su básica modificación de la institución de la propiedad que la reduce a "propiedad condicional", comprensiva de una amplia variedad de tipos de propiedad, la hace susceptible de sufrir cambios y limitaciones en el futuro por actos legislativos.

Estos artículos abrieron el camino a una amplia intervención y participación del Poder Público en la actividad económica del país.⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem*, p. 340.

⁶⁶ Cabe tener igualmente presente que en pleno periodo alemanista, las adiciones y modificaciones al párrafo segundo del artículo 131 constitucional; así como la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado (*Diario Oficial*, 9 y 21 diciembre

Adelantándonos un poco en esta evaluación evolutiva de la administración pública mexicana, cabe vincular esta disposición relativa a la utilidad pública con la Ley de Expropiación⁶⁷ de 1936, que dio sin cortapisas al Gobierno Federal el derecho de intervenir en la economía en grado virtualmente ilimitado, respecto de cometidos amplísimos y mediante intensas facultades, cuya conformidad con la Constitución ha sido reiteradamente consagrada por los tribunales federales.

De esta interpretación legislativa auténtica de la Ley Suprema,⁶⁸ cabe transcribir aquí *in extenso* sus preceptos capitales, que ratifican la naturaleza estatutaria de la "propiedad condicional":

"Artículo 1. Se consideran causas de utilidad pública:

I) El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público.

II) La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano.

III) El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizajes, construcción de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.

IV) La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional.

V) La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o transtornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario y los procedimientos necesarios para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones y otras calamidades públicas.

VI) Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública.

de 1946) y su Reglamento (*Diario Oficial*, enero 2 de 1947), han impuesto amplios cometidos y atribuido intensas facultades de intervención económica al Poder Ejecutivo.

⁶⁷ *Diario Oficial*, 25 de noviembre de 1936.

⁶⁸ En el sentido tradicional del derecho comparado, que asumía el artículo 64 de la Constitución Federal de 1824, subsistente en el literal f) del artículo 72 de la Constitución de 1917, como lo realizara Antonio Carrillo-Flores, en sus lecciones en el Taller de Derecho Público de la UNAM/ENEP, "Acatlán", en octubre de 1984.

VII) La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación.

VIII) La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general o de una clase en particular.

IX) La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad.

X) Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad.

XI) La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.

XII) Los demás casos previstos por leyes especiales.

"Artículo 2. En los casos comprendidos en la enumeración del artículo 1o., previa declaración del Ejecutivo Federal, procederá la expropiación, la ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio para fines del Estado o el interés de la colectividad".⁶⁹

11.B) *La organización administrativa en la legislación, de 1917 a 1946*

Con la caída de Porfirio Díaz y a pesar de las turbulencias revolucionarias, se iban a establecer las bases de un sistema político-administrativo capaz de integrar el mosaico que era México.

De entrada y revelando sus dotes de civilista y de estadista, Carranza se aboca por dos veces en menos de un año a la promulgación de una legislación orgánica para nuestra materia.

Por decreto de 31 de abril de 1917 se expide una ley que organiza la administración pública, en tanto se sanciona la Ley Orgánica del artículo 92 de la Constitución.⁷⁰ Instrumentando la flamante Constitución, en su nueva categoría de los departamentos administrativos, se creaban tres Departamentos:

"Judicial,
Universitario y de Bellas Artes, y
de Salubridad Pública".

Relaciones Exteriores y Gobernación),

⁶⁹ *Diario Oficial*, 25 de noviembre de 1936.

⁷⁰ *Diario Oficial*, 14 de abril de 1917, t. V, 4a. época, No. 87; y Mijares-Palencia, *op. cit.*, p. 14.

Complementariamente, las secretarías volvían a ser seis:

"Estado (a la que correspondían los ramos que habían sido de Hacienda y Crédito Público, Guerra y Marina, Comunicaciones, Fomento, y de *Industria y Comercio*".

Ocho meses después, la *Ley de Secretarías de Estado de 25 de diciembre de 1917*,⁷¹ decretó una nueva distribución de secretarías y departamentos, así como de los ramos que dependían de ellos. Se establecieron siete Secretarías:

"Gobernación.
Relaciones Exteriores.
Hacienda y Crédito Público.
Guerra y Marina.
Agricultura y Fomento.
Comunicaciones y Obras Públicas.
Industria, Comercio y Trabajo".⁷²

Paralelamente, confirmando el nuevo papel protagónico del Poder Público en el cumplimiento de sus crecientes cometidos, se establecieron cinco departamentos:

"*Universitario y de Bellas Artes*.
Salubridad Pública.
Aprovisionamientos Generales.
Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares.
Contraloría".⁷³

En las dos leyes orgánicas carrancistas hemos subrayado aquellas dependencias renovadoras que, aunque todavía incipientemente, van marcando la ruptura con el liberalismo económico patentizado por el decreto porfirista de 1891 (*supra*, numeral 8).

⁷¹ *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1917.

⁷² Attolini, *op. cit.*, p. 66; curiosamente, Mijares-Palencia, *op. cit.*, no menciona la de Agricultura y Fomento (p. 14).

⁷³ Attolini, *op. cit.*, p. 66.

Posteriormente, fue creada la Secretaría de Educación Pública por decreto de 28 de septiembre de 1921, la cual curiosamente no aparece mencionada entre las dependencias establecidos por los decretos de 1922 y de 1932.⁷⁴

En efecto, el decreto de 30 de diciembre de 1922,⁷⁵ establece siete secretarías:

"Gobernación.
Relaciones Exteriores.
Hacienda y Crédito Público.
Guerra y Marina.
Agricultura y Fomento.
Comunicaciones y Obras Públicas.
Industria, Comercio y Trabajo".

Es decir, las mismas que la ley carrancista de diciembre de 1917. La novedad radicó en el establecimiento de seis departamentos:

"Universitario y de Bellas Artes.
Salubridad Pública.
Aprovisionamientos Generales.
Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares.
Contraloría.
Departamento de Estadística Nacional".⁷⁶

En efecto, este último departamento resucitaba la inquietud contenida en las misiones atribuidas en 1853 a la primera versión de la Secretaría de Fomento (*supra*, numeral 5).

Omitiendo igualmente toda mención formal de la Secretaría de Educación Pública, el decreto del 30 de noviembre de 1932,⁷⁷ establece siete secretarías:

"Gobernación.
Relaciones Exteriores.
Hacienda y Crédito Público.
Guerra y Marina.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Diario Oficial*, 12 de enero de 1923.

⁷⁶ Attolini, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷ *Diario Oficial*, 15 de diciembre de 1932.

Agricultura y Fomento.
Comunicaciones y Obras Públicas.
Economía Nacional".⁷⁸

Igualmente, el decreto de 1932 establecía seis Departamentos: "Universitario y de Bellas Artes o Universidad Nacional, Salubridad Pública, Aprovisionamientos Generales, Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares, Contraloría, Trabajo".⁷⁹

A esta altura de la administración federal posterior a la Revolución de 1917, se puede ir formulando una comparación preliminar con la administración del siglo XIX: En el siglo pasado bastaron como máximo seis secretarías de Estado para atender las necesidades gubernamentales y administrativas de un país que, en ese entonces, contaba con una población de unos diez millones de habitantes. En estos quince años posteriores a la Carta de Querétaro, el Ejecutivo va expandiendo prudentemente las dependencias centralizadas, y para ello se sirve de la categoría menos "gastada" de los departamentos administrativos, a los cuales el Constituyente había pretendido distinguir de las secretarías del Despacho, por considerarlos órganos apolíticos, técnicos, ajenos al Consejo de Ministros en la hipótesis del artículo 29 constitucional y carentes de la facultad de refrendo. Al margen de las regulaciones orgánicas antedichas, por decreto de 1928 se creó el Departamento del Presupuesto. Sin embargo, la relevancia de estos Departamentos fue disminuyendo con el tiempo y varios fueron reabsorbidos por las Secretarías de las cuales se habían desprendido, como es el caso de la Secretaría de Hacienda que, en 1934 absorbió los cometidos y las facultades de los Departamentos del Presupuesto, de Aprovisionamientos Generales y de Contraloría.⁸⁰

12.a) Continuación: De la crisis al término de la Segunda Guerra Mundial

En cuanto a la administración federal centralizada, destacan las leyes de 1934, 1935, 1939, 1940, 1946 y el decreto de 1943. Ello sin

⁷⁸ Attolini, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Carrillo-Castro, *op. cit.*, III, p. 34.

perjuicio de que, al margen de la Constitución, en su letra pero ciertamente en la plenitud de su espíritu, empiezan a surgir pragmáticamente instituciones ajenas al aparato centralizado, simientes de la futura administración paraestatal.

Veremos ambas perspectivas, sucesiva y separadamente, a continuación.

13.b) *La Administración centralizada, del cardenismo hasta el alemanismo*

En este periodo, tenemos tres leyes pertenecientes al mandato presidencial de Cárdenas, dos al de Ávila Camacho y una al de Alemán.

En líneas generales, las adiciones y modificaciones del periodo cardenista son formalmente menores, sirviéndose de la dosificación de las categorías de Secretarías y Departamentos, para ir asumiendo eventualmente el cumplimiento de nuevos cometidos o el ejercicio de renovadas facultades.

La Ley de Secretarías de Estado de 22 de marzo de 1934,⁸¹ estableció ocho secretarías:

“Gobernación.
Relaciones Exteriores.
Hacienda y Crédito Público.
Guerra y Marina.
Economía Nacional.
Comunicaciones y Obras Públicas.
Agricultura y Fomento.
Educación Pública”.⁸²

Conjuntamente con esta primera incorporación legal de la Secretaría de Educación Pública hasta entonces sólo prevista por el decreto de 1921 (*supra*, numeral 11), la ley de 1934 estableció cinco departamentos:

“Trabajo.
Agrario.
Salubridad Pública.

⁸¹ *Diario Oficial*, 6 de abril de 1934; curiosamente, Mijares-Palencia, *op. cit.*, dice que es del 4 de abril.

⁸² Attolini, *op. cit.*, p. 66.

Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares.
Distrito Federal”.⁸³

destacándose la consolidación centralizada de la Capital de la República y la separación de la materia agraria, por parte de la administración federal que históricamente más haría desde la Revolución por incrementar el reparto agrario.

La Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 30 de diciembre de 1935,⁸⁴ mantuvo las mismas Secretarías de 1934, pero estableció siete Departamentos:

“Trabajo.
Agrario.
Salubridad Pública.
Forestal y de Caza y Pesca.
Asuntos Indígenas.
Educación Física.
Departamento del Distrito Federal”.⁸⁵

Finalmente, la última ley cardenista en esta materia, *la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 30 de diciembre de 1939*,⁸⁶ estableció nueve Secretarías, creando la de Asistencia Pública y cambiando el nombre de “Guerra y Marina” por “Defensa Nacional”. La creación de un Departamento de Marina Nacional y la supresión de los departamentos de Educación Física y Forestal y de Caza y Pesca, redujo a seis el número de departamentos.

La Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 31 de diciembre de 1940,⁸⁷ estableció once secretarías, al crear la de Trabajo y Previsión Social, y la de Marina, lo cual redujo en dos el número de los Departamentos.⁸⁸ Posteriormente, *el decreto de 18 de octubre de 1943*, eliminó el Departamento de Salubridad Pública, con lo cual los Departamentos quedaron reducidos a tres, mientras que se ampliaban los cometidos y facultades sanitarios mediante la transformación de la antigua Secretaría de Asistencia Pública en Secretaría de Salubridad y Asistencia.⁸⁹

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1935.

⁸⁵ Attolini, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁸⁶ *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1939.

⁸⁷ *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1940.

⁸⁸ Attolini, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁹ *Ibidem.*

Terminando con este numeral, tenemos *La Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 7 de diciembre de 1946*,⁹⁰ que establece trece Secretarías, por creación de las de Recursos Hidráulicos, y de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, quedando sólo dos Departamentos por supresión del de Asuntos Indígenas.⁹¹

14.c) *La emergencia de la paraestatalidad hasta 1946*

La administración pública federal paraestatal no adquiriría su carta de naturalización constitucional sino hasta las adiciones y modificaciones, al artículo 90 constitucional, de 1981. Sin embargo, una práctica institucional paralela pero ciertamente no contraria al espíritu de la Carta, llevó paulatinamente y desde 1925 a la utilización en derecho administrativo mexicano de figuras análogas a las conocidas en derecho comparado como establecimientos públicos o entes autónomos.⁹²

Como instituciones precursoras, además del ya mencionado Banco de Avío (*supra*, numeral 3), tenemos en 1837 el Banco de Amortización de la Moneda de Cobre,⁹³ las empresas regionales de participación en la prestación del servicio eléctrico⁹⁴ y la Caja de Préstamos para Obras de Irrigación y Fomento de la Agricultura.⁹⁵

Al término de la etapa armada del proceso revolucionario, el Gobierno Federal decidió emprender la reconstrucción institucional, económica y política del país. Con este propósito, y en el periodo aquí considerado que arranca con la creación del Banco de México en 1925, se multiplicaron entidades financieras, de fomento, de producción de bienes y servicios. Su creación o adquisición se caracteriza por el establecimiento coyuntural, por agregación, aleatorio y asistemático de organismos y empresas, en función de las necesidades que fueron presentándose en los distintos periodos por los que atravesó el país desde su consolidación constitucional hasta fines de la Segunda Guerra Mundial.⁹⁶

⁹⁰ *Diario Oficial*, 9 y 21 de diciembre de 1946.

⁹¹ Attolini, *op. cit.*, p. 67.

⁹² Puede verse al respecto la parte de organización administrativa en cualquiera de las obras clásicas de derecho administrativo.

⁹³ Carrillo-Castro, Alejandro y García-Ramírez, Sergio, *Las empresas públicas en México*, Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, Prólogo de Francisco Labastida-Ochoa, 1983, p. 35.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 37.

Impedido por los límites estrechos fijados para este trabajo de entrar en los detalles de organización, funcionamiento y control de estas precursoras entidades de la actual administración pública paraestatal, cuyos aspectos jurídicos ya han sido estudiados en los dos cursos de Derecho Administrativo,⁹⁷ importa el señalamiento de las principales,⁹⁸ así como del entorno político, social y económico que presidiera su emergencia institucional.

El Banco de México se constituyó desde 1925 en el Banco Central y de Emisión único, reemplazando a unos treinta bancos comerciales a quienes anteriormente se había concedido el derecho a emitir billetes de banco; de este modo, se convirtió en la principal institución financiera mexicana y desarrolló una serie de controles financieros, que a partir de 1940 se usaron para influir en el crecimiento económico. Un sistema de requisitos graduados y flexibles para las reservas se utilizó cada vez más como un medio para influir, tanto en la oferta monetaria total como en la distribución de los créditos bancarios. En 1941, el Banco recibió mayor autoridad para cambiar las disposiciones sobre las reservas, variar las tasas de descuento y para comprar y vender valores públicos y privados.

La segunda gran innovación institucional fue, en 1934, la organización de Nacional Financiera, considerada la más importante contribución original que ha hecho México, en lo que respecta a las instituciones financieras para el desarrollo.⁹⁹ Desde su creación, concentró sus actividades de inversión en el financiamiento con créditos a largo plazo de los sectores básicos de la economía, se convirtió en el agente más importante del mercado mexicano de valores particularmente en apoyo de las obligaciones del Gobierno Federal, concedió créditos industria-

⁹⁷ Al respecto, séanos aquí permitida la remisión a las principales contribuciones nacionales mexicanas, que hacen en diversos pasajes mención de la perspectiva evolutiva de nuestra administración pública: Acosta-Romero, Miguel, *Teoría General del derecho administrativo*, Primer Curso, 7a. ed., Ciudad de México: Porrúa, S. A., 1986, capítulos VII, X, XVI, XX, XXI, XXII, XXIII y XXIV; Fraga-Magaña, Gabino, *Derecho administrativo*, 23a. ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga-Mouret, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 1984, Libro 3o.; Lares, *op. cit.*, Lecciones 6a. y 7a.; Olivera-Toro, Jorge, *Manual del derecho administrativo*, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 4a. ed., 1976, capítulos XXVIII y XXXII; Serra-Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 2 vols., 1986, Partes Tercera y Cuarta.

⁹⁸ Carrillo-Castro y García Ramírez, *op. cit.*, pp. 37-42.

⁹⁹ Hansen, *op. cit.*, p. 49, ubica sintética pero certeramente las misiones de NAFINSA, en el marco de otras diversas instituciones financieras forjadas en este periodo, entre las cuales destacan el Banco de Crédito Agrícola, el Banco de Crédito Ejidal y el Banco de Comercio Exterior.

les, suscribió emisiones de bonos, destinó fondos para algunos proyectos de servicio público y, desde 1940, concentró sus recursos en diversas industrias básicas, concendiendo créditos a largo plazo o adquiriendo títulos sobre la propiedad neta.

En otro plano, el de la energía, también sin poder entrar en detalles, tenemos la creación de la Comisión Federal de Electricidad en 1937 y de Petróleos Mexicanos en 1938; sin olvidar el segundo ejemplo de expropiación constituido por los Ferrocarriles Nacionales de México en 1937.¹⁰⁰

Factores decisivos de esta consolidación institucional fueron el robustecimiento de la estabilidad política, la lucha contra la severa baja en la producción minera y manufacturera inmediata a la Revolución, la tensión y la superación de las dificultades planteadas por los inversionistas extranjeros, la mayor movilidad social y económica tanto en lo rural como en lo urbano; en definitiva, la reducción de las tradicionales demandas que se hacían al sistema político mexicano, para que proporcionara medios que facilitaran el progreso de los segmentos intermedios de la sociedad. En resumen si el principal factor del retardo económico de toda América Latina se encuentra en su estructura social y en los valores que se derivan de ella, es mérito indisputable de los gobiernos revolucionarios mexicanos y de su administración pública (1917-1940) el haber logrado la modificación de la estructura y de los valores de la sociedad mexicana, cambio que contribuyó decisivamente al "milagroso" crecimiento económico del país a partir de 1940.¹⁰¹

15.C) *La organización administrativa en la legislación, de 1946 a noviembre de 1976*

Para terminar esta somera vista de la evaluación de la Administración Pública a partir del México Independiente, veremos seguidamente su desarrollo desde la Segunda Guerra Mundial hasta el umbral de la organización actual, que entendemos presidida por el paquete legislativo de la Reforma Administrativa, enviado por el Ejecutivo Federal

¹⁰⁰ Sobre todo este periodo, particularmente creativo de instituciones de nuestra administración pública federal para el desarrollo, *cfr.* Secretaría de la Presidencia, *El sector paraestatal*, pp. 36-76.

¹⁰¹ Esta es obviamente, una evolución sumaria de los factores determinantes y resultantes de la evolución de la administración pública federal en el periodo 1917-1946. Aunque limitando este periodo a 1940, puesto que no adopta un criterio administrativo sino político-económico de la evolución, siempre es útil la remisión a la citada obra de Hansen, pp. 42-56.

al Congreso de la Unión, en diciembre de 1976; por lo indicado en nuestra *Introducción*, entendemos que es a partir de esta última fecha que principia la Unidad Temática III del programa, ajena por ende a este trabajo que, por decisión del H. Consejo Técnico y de la H. Comisión Dictaminadora, se contrae exclusivamente a la Unidad Temática II.

Al igual que lo hicimos para el periodo anteriormente considerado (1917-1946), dividiremos nuestro breve estudio en dos apartados, respectivamente referentes a la administración centralizada y a la administración paraestatal.

16.a) *La administración centralizada, desde la postguerra hasta la víspera de la reforma administrativa de 1976*

Habiendo regido durante dos sexenios la Ley de 1946 (*supra*, numeral 13 al final), se expidió el 23 de diciembre de 1958 la *Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 23 de diciembre de 1958*,¹⁰² que estaba llamada a ser hasta nuestros días la de más larga vigencia bajo el imperio de la Constitución de 1917, pues se aplicó durante tres sexenios.

Esta Ley estableció quince secretarías, de las cuales subrayamos aquellas que implican innovación respecto de la Ley de 1946:

- "Gobernación.
- Relaciones Exteriores.
- Defensa Nacional.
- Marina.
- Hacienda y Crédito Público.
- Patrimonio Nacional.*
- Industria y Comercio.*
- Agricultura y Ganadería.
- Comunicaciones y Transportes.
- Obras Públicas.*
- Recursos Hidráulicos.
- Educación Pública.
- Salubridad y Asistencia.

¹⁰² Publicada en el *Diario Oficial* de 24 de diciembre de 1958, vigente desde el 1o. de enero de 1959.

Trabajo y Previsión Social.
Presidencia".¹⁰³

Complementariamente, se creaba el Departamento de Turismo, con lo cual se tenían tres Departamentos.¹⁰⁴

Esta Ley, mediante la creación de la Secretaría de la Presidencia, significó conjuntamente con la nueva Secretaría del Patrimonio Nacional y la clásica Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la integración de un sistema institucional tendente a fortalecer el control y la vigilancia de toda la administración federal y, en particular como veremos seguidamente, un importante paso hacia la coordinación de la administración paraestatal.¹⁰⁵

17.b) *Administración paraestatal, desde la postguerra hasta la víspera de la reforma administrativa de 1976: Introito*

En el marco de la Constitución de 1917, es ciertamente el impresionante desarrollo de la administración paraestatal el que nos pone de manifiesto la tremenda transformación operada por el tránsito del Estado liberal burgués de Derecho al Estado Democrático y Social de Derecho. Llámese a este último Estado de Servicio (*supra*, numeral 9), hállese de la administración pública federal como de una "administración prestacional",¹⁰⁶ lo cierto es que, al descenderse del Estado en cuanto Ser (*Sein*) al Estado como cometido (*Aufgabe*),¹⁰⁷ la magnitud cuantitativa y cualitativa de las tareas concretas del Poder Público nos desconcierta y ciertamente hubiera sido inimaginable para inclusive los radicales liberales puros del Constituyente de 1856-1857.

¹⁰³ Rodríguez-Reyes, Álvaro, "Diagnóstico administrativo del gobierno federal", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 553-567; tomado de Ciudad de México: *Revista de administración pública*, No. 16, enero-marzo de 1964, pp. 7-41; en la p. 556 de la recopilación aquí inicialmente mencionada.

¹⁰⁴ *Ibidem*, donde se omite al Departamento del Distrito Federal, sin explicación alguna.

¹⁰⁵ Carrillo-Castro y García-Ramírez, *op. cit.*, pp. 51-55; *cfr.*, *infra*, numeral 18 y ss.

¹⁰⁶ *Cfr.* Cortiñas-Peláez, precitado *supra* en la nota (54), *in totum*.

¹⁰⁷ *Cfr.* en la línea doctrinal alemana derivada del maestro Rudolf Smend, la contribución de Ulrich Scheuner, "La esencia del Estado y el concepto de lo político en la reciente teoría del Estado", publicada en el Libro-Homenaje a Rudolf Smend, con motivo de su 80avo. cumpleaños el 15 de enero de 1962 (*Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*), Tübinga: Mohr, 1962, 466 págs., pp. 225-260, esp. p. 255.

Desde la Constitución de 1857, *la idea misma de libertad ha cambiado*: El mismo vocablo recubre en nuestro tiempo muy otros contenidos. No son ni siquiera los algo difusos del capitalismo de pequeñas unidades anterior a la Segunda Guerra Mundial, estamos ante el capitalismo molecular o de grandes unidades de esta segunda mitad del siglo XX, ante las cuales la acción directa del Estado asume modalidades no sólo de autoridad sino de gestión. Como hemos detallado en otro lugar,¹⁰⁸ en el cumplimiento de las adiciones y modificaciones de la Constitución de 1917 y de su legislación reglamentaria, se imponen al Poder Público mexicano un cúmulo de cometidos que obliga a desbordar terminológicamente los esenciales y los de servicio público, para complementarlos, no sólo con los cometidos sociales, sino con los cometidos privados asumidos por nuestra administración pública federal. *Estos son los nuevos baluartes del contemporáneo concepto de libertad*. Esta existe, no porque nos defendamos exclusivamente de las acciones del Estado contrarias a nuestra libertad física personal, sino porque nos defendemos de su omisión en el cumplimiento de las prestaciones (agua, transportes, educación, salud, vivienda, subsistencias populares), requeridas por la plenitud de nuestro desarrollo personal mediante el fomento de las facultades colectivas de la Nación Mexicana y comunitario. De este modo, en el sendero que nuestro colega Omar Guerrero-Orozco nos ilumina desde los cameralistas alemanes del siglo XVIII, se concibe a la administración pública como el motor científico de la evolución social, como la guía responsable de la prosperidad del pueblo, del Estado y del país; en definitiva, como la organización que, las actividades productivas y económicas, se convierte en la promotora cana, especialmente merced al estímulo y eventual ejecución directa de del progreso humano, encargada de analizar las previsiones del cambio social y de proponer, prospectivamente, las estructuras y cometidos tendentes a su realización armónica y acelerada.

Cuando hablamos en estos términos de nuestra administración pública, hablamos de una manifestación activa, y de personificación casi autónoma, del Estado respecto de la sociedad.¹⁰⁹ Los actos de pla-

¹⁰⁸ Cortiñas-Peláez, León, "Teoría general de los cometidos del Poder Público", Ciudad de México: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nos. 149-151, julio-diciembre, 1987, en prensa; Madrid: *Revista de administración pública*, No. 111, septiembre-diciembre 1986, pp. 51-93; Montevideo: *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, t. III, Nos. 13-14 (junio-septiembre 1986) y 15 (octubre-noviembre 1986), pp. 12-31 y 150-167; Ciudad de Panamá: *Anuario de Derecho*, Año XV, No. 15, 1986, pp. 11-57.

¹⁰⁹ Por todos, v. la siempre excepcional contribución de Eduardo García de

neación, decisión, ejecución y control configuran una función del Poder Público, la función administrativa. *Una función del Estado Mexicano*. No estamos necesariamente ante el Estado como expresión ineludible de una dominación, ante una mera personificación abstracta de una relación socioeconómica de fuerzas políticas, sino ante el Estado como el centro de imputación, directo o indirecto, de un conjunto de cometidos prestacionales, tendentes a la promoción integral del Hombre, mediante un acabamiento creciente y jamás totalmente realizado, del Estado *democrático y social de Derecho*.¹¹⁰ Injertadas en la formulación del concepto liberal clásico del Estado de Derecho, las notas "democrático" y "social" significan su radical transformación, correspondiente a las estructuras y al funcionamiento de la sociedad contemporánea del capitalismo avanzado.¹¹¹

Como surge de los desarrollos que anteceden, el estudio de "La Administración Pública en México" se centra en el estudio del Estado como síntesis de mecanismos de promoción y desarrollo, en la búsqueda de la felicidad individual y colectiva, para lo cual sus objetivos, en función administrativa, desbordan necesariamente los raquíticos moldes del abstencionismo liberal. Sin pretender silenciar la gravitación que esta expansión de los cometidos del Poder Público puede tener y tiene en la burocratización de los organismos públicos, sociales y aun privados,¹¹² parece oportuno desarrollar aquí un aspecto agudamente planteado por nuestra doctrina más reciente y autorizada en Ciencia de la Administración,¹¹³ al vincular la cameralística alemana, en cuanto administración patrimonial de los bienes del Estado, *grosso modo y mutatis mutandis*, con los gérmenes del "sector paraestatal moderno".¹¹⁴ En verdad, la expansión algo indiferenciada de las instituciones

Enterria, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid: Alianza, 5a. ed., 1984.

¹¹⁰ En el sentido de Abendroth, Wolfgang, *Sociedad antagónica y democracia política* (Ensayos sobre sociología política), traducción del alemán por Manuel Sacristán, Barcelona-México: Grijalbo, S. A., 1973, 480 págs., *in totum*, por cierto en la línea de las contribuciones de Abendroth y de Cortiñas, precisadas *supra*, en la nota (50).

¹¹¹ Cfr., Guerrero-Orozco, Omar, *La administración pública del Estado capitalista*, Barcelona: Fontamara, S. A., Prólogo por Octavio Rodríguez-Araújo, 1981, *in totum*.

¹¹² Guerrero-Orozco, Omar, *La teoría de la administración pública*, Ciudad de México: Harla, Presentación de Ignacio Pichardo-Pagaza, *Estudio preliminar* por León Cortiñas-Peláez, 1986, LXX, 398 págs., esp. 234.

¹¹⁶ Acosta-Romero, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 354-403.

sus dos obras aparecidas en 1986, citadas *supra*, notas (3) y (60).

¹¹⁴ Guerrero-Orozco, *La teoría...*, *op. cit.*, p. 19.

administrativas encargadas del cumplimiento de los cada vez más diversificados cometidos del Poder Público, desborda la clásica naturaleza privada del "fisco" y nos lleva a hablar de *una única personalidad jurídica estatal de derecho público, alternativamente beneficiaria de regímenes de derecho público, de derecho privado o de derecho social*, según sean los intereses tutelados en juego y las estructuras jurídicas —de derecho público, privado o social— a las cuales se confie su administración centralizada o paraestatal. Globalizando perspectivas que deberán verse en detalle en la siguiente Unidad Temática III del programa de esta asignatura, séanos permitido apuntar complementariamente que la administración pública paraestatal utiliza, en el caso de México, al igual que la administración centralizada, instituciones administrativas típicas del derecho público clásico, es decir, los organismos descentralizados; pero también utiliza figuras de derecho privado, tales como las empresas públicas de participación estatal mayoritaria o de participación minoritaria, las sociedades mercantiles de Estado de las cuales las recientes sociedades nacionales de crédito¹¹⁵ no serían sino una especie, así como esa original figura del derecho privado en misiones de derecho público, que son los fideicomisos públicos,¹¹⁶ todo lo cual no es sino expresión de los multiformes horizontes científicos suscitados por el estudio de "La Administración Pública en México".

La materia de este ya largo introito a la administración paraestatal del periodo 1946-1976, exige aún nuevas precisiones respecto de las consecuencias institucionales y funcionales del cambio en el concepto de libertad.¹¹⁷ Al pasar ésta de ser la resultante de nuestra individualista esfera de acción, que defendemos inclusive contra el abstencionista Estado liberal, y devenir *una "libertad potenciada" por nuestra activa participación como destinatarios y hasta gestores de las prestaciones del Estado intervencionista*, nos encontramos con una radical transformación de ambas partes: el individuo y su libertad han cam-

¹¹⁵ Por todos, v. las precisas aportaciones de Acosta-Romero, Miguel, no sólo en su *Teoría...*, *op. cit.*, 1986, pp. 342-348; sino igualmente en "La nacionalización de la banca mexicana, Proceso de transformación de las sociedades bancarias, Ensayo de conceptualización de las sociedades nacionales de crédito", en *Libro en Homenaje al doctor Roberto L. Mantilla-Molina*, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 1984.

¹¹⁶ Acosta-Romero, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 354-403.

¹¹⁷ Cfr., Enrique Pedro Haba, *La idea de totalitarismo y la libertad individual* (autopsia de una noción mistificadora), Bogotá: Temis, Prólogo de León Cortiñas-Peláez, 1976, XXXVI + 256 pp., *in totum*; más ampliamente, del mismo Haba, *Tratado básico de los derechos humanos*, San José de Costa Rica: Juricentro, agudísima y enciclopédica contribución latinoamericana que constará de cinco vols., de los cuales han aparecido el I y II, dic. 1986.

biado, precisamente porque "se enriquecen" con la transformación operada en las intervenciones sociales y económicas del Estado. Naturalmente, la nueva coyuntura histórica supone la plenitud permanente de las libertades individuales clásicas, que pretendíamos aseguradas por el Estado "juez y gendarme", ejemplificado por los escasos cometidos encomendados a la "raquítica" administración centralizada establecida por el decreto juarista del 6 de abril de 1861 (*supra*, numeral 8). En aquellos tiempos del liberalismo del siglo XIX y de la Constitución de 1857, todavía era válido el aforismo de que "cuanto menor sea la esfera de acción del Estado; tanto mayor será la esfera de libertad de los individuos", típico del conservadurismo institucional angloamericano (*supra*, numeral 10).

Nuestro tiempo, además de aquellas libertades clásicas o abstractas, se plantea la exigencia de libertades concretas,¹¹⁸ que el individuo aislado parece incapaz de lograr plenamente en la sociedad de masas. Estas libertades concretas invierten, con su mera exigencia, "la mentalidad defensiva" ante la administración pública, y ello a tal grado que, muy por el contrario, el aforismo de la segunda mitad del siglo XX —en el marco del Estado democrático y social de Derecho, preceptuado por la Constitución de 1917 y sus adiciones y modificaciones— bien podría ser que "cuanto mayor queramos que sea la esfera de libertad de los individuos, tanto mayor y eficiente deberá ser la esfera de acción del Estado".

Reiterando, no nos basta con los clásicos cometidos esenciales y aun de servicio público del Estado burgués de Derecho de liberalismo, pues resulta insuficiente satisfacer las exigencias contemporáneas de plenitud de la persona humana, con los meros cometidos legales por los soberanos medievales y por los regímenes decimonónicos del cometido de servicio público. De la administración pública, las personas y la comunidad política exigen diversas categorías de libertades concretas, cuya garantía prestacional tienda cada vez más a presumir su gestión directa: así, agua, transporte colectivo, drenaje, alcantarillado, alumbrado, limpia, mercados y centrales de abastos, panteones, rastros, etcétera,¹¹⁹ en el nivel de vida municipal el cual, de este modo, tiende a

¹¹⁸ Por todos, *cfr.*, Burdeau, Georges, *Traité de science politique*, París: L.G.D.J., 2a. ed., 11 vols., 1966-1977, esp. t. VI, vol I, numerales 6 y 117, 1971.

¹¹⁹ Tal lo preceptuado en el artículo 115 fracción III de la Constitución Federal, por decreto de adiciones publicado en el *Diario Oficial* de 3 de febrero de 1983; con lo cual simplemente se ha brindado rango constitucional a los servicios públicos municipales tradicionalmente contemplados por las leyes orgánicas de la materia, tanto en derecho mexicano como en las principales modalidades del derecho comparado.

satisfacer "micro-necesidades" mediante estos cometidos expresamente preceptuados por la Constitución Federal.

Ahora bien, además de la satisfacción de estas "micro-necesidades" casi siempre domésticas, *la vida en sociedad*, y en particular en las zonas urbanas metropolitanas,¹²⁰ genera "macro-necesidades"¹²¹ que también devienen exigencias prestacionales, del individuo y de la comunidad, al Poder Público. Con un sentido estrictamente social, tenemos las prestaciones educativas no-esenciales (es decir, las que no son exclusivas del Poder Público, por imperio del artículo 3o. constitucional), las prestaciones de salud, vivienda, urbanismo y en general, las de asentamientos humanos.¹²² Finalmente, en campos otrora "vedados"¹²³ para la administración pública, ésta se ve obligada a entrar en libre competencia con los particulares respecto de cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles, de manera de asegurar calidades mínimas y precios máximos razonables a sus destinatarios.

De esta manera, las exigencias sociales y el deber histórico han rebasado los marcos de los escasos cometidos y estructuras institucionales administrativas del Estado liberal. Si en los tiempos del Presidente Juárez podíamos conformarnos con cuatro dependencias centralizadas encargadas de la ejecución de otros tantos cometidos del Poder Público, en los tiempos administrativos posteriores a la Segunda Guerra Mundial (1946-1976) la administración pública federal cuenta, para el cumplimiento de sus actuales cometidos, con quince dependen-

¹²⁰ *Cfr.* Eduardo García de Enterría y León Cortiñas-Peláez, "Del gobierno y administración de las zonas metropolitanas", Ciudad de México: *Vivienda*, No. 10, 1977, pp. 2-33, reproducción actualizada de la ponencia general "Organización administrativa de las áreas metropolitanas", Santiago de Chile: *Crónica del 5o. Congreso hispano-luso-americano-filipino de municipios*, ed. Madrid: I.E.A.L., t. II, noviembre 1969, pp. 41-81; reproducida en Montevideo: *La revista de derecho, jurisprudencia y administración*, t. 70, 1971, pp. 1-20; más ampliamente: Eduardo García de Enterría y Luciano Parejo-Alfonso, *Curso de derecho urbanístico*, Madrid: Civitas, 1981; Tomás-Ramón Fernández, *Manual de derecho urbanístico*, Madrid: El Consutlor/Abella, 8a. ed., 1986.

¹²¹ Admirablemente presentadas en *Problemas de las áreas metropolitanas*, Madrid: I.E.A.L., *Reconocimiento* por Ramón Martín-Mateo, *Introducción a la edición española*, por Warren Hurst, 1969, 871 p.

¹²² *Cfr.* Silva-Herzog Flores, Jesús; González-Avelar, Miguel y Cortiñas-Peláez, León, directores, *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda* (Cometido del Poder Público en la segunda mitad del siglo XX), Ciudad de México: Porrúa, S. A., *Prólogo* por Jesús Silva-Herzog Flores, 1977, 788 pp., esp. nuestra contribución, dedicada a Eduardo García de Enterría (p. 304.3) y titulada "De la posibilidad de un derecho latinoamericano de los asentamientos humanos, el urbanismo y la vivienda", pp. 304.1 a 328.

¹²³ Guerrero-Orozco, *La teoría...*, *op. cit.*, p. 194.

cias centralizadas y jerarquizadas, y con alrededor de quinientas¹²⁴ entidades paraestatales.

Por lo expuesto en este numeral 17, las intensas transformaciones experimentadas por las relaciones prestacionales entre la administración pública y los particulares significan un cambio cualitativo tal, que exige *un esfuerzo de las ciencias administrativas para dar cuenta*, en lo orgánico pero también en lo funcional, de esta situación inusitada desde la perspectiva liberal. Ciñéndonos en lo pertinente al marco jurídico de la administración pública federal, creemos oportuno reivindicar la urgencia de una sistematización de *la Teoría General de los Cometidos del Poder Público*.¹²⁵ Ésta ciertamente se inspira en algunas espléndidas elaboraciones constituyentes,¹²⁶ legislativas¹²⁷ y doctrinales¹²⁸ de otros países, pero viene teniendo una creciente consideración y aun aceptación en el propio desarrollo doctrina mexicano.¹²⁹ Esto último se explica porque nos encontramos ante *una teoría catapultada al cumplimiento contemporáneo de aquellos objetivos supremos de los cameralistas*, es decir, la protección del interés público,¹³⁰ la lucha contra la pobreza^{130 bis} y la búsqueda del bienestar y cultura del pueblo,¹³¹ fines que son también objetivos supremos de la Constitución federal mexicana de 1917 y, por consiguiente, de la administración pública en México.

¹²⁴ Carrillo-Castro, *La reforma...* op. cit., t. II, 1980, así las cifra en su p. 37.

¹²⁵ Cfr., Cortiñas-Peláez, citado *supra* en nota (108).

¹²⁶ Por todas, cfr., las Constituciones alemanas del siglo XX, las cuales emplean sistemáticamente el vocablo "Aufgabe", en el sentido que entendemos correcto de "cometido" o de "misión". Así, la Constitución de Weimar de 1919, en sus artículos 10. de su Primer Título, 89, 101 y 165. Igualmente, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 30, 33 apartado 4, 87a. apartado 3, 37 d. apartado 2, 91a. ab initio, 104a. apartado 1, etcétera.

¹²⁷ Cfr., el *Anteproyecto de código unitario de procedimientos administrativos para el Distrito Federal*, bajo la dirección de León Cortiñas-Peláez, por un equipo de profesores del Taller de Derecho Público de la UNAM, Ciudad de México: Departamento del Distrito Federal/Coordinación General Jurídica, 1986, LV-69 págs.

¹²⁸ Cfr., Cortiñas-Peláez, "Estudio preliminar" precitado *supra* en nota (3), en su nota (50), pp. XXXVIII-XXXIX, para una panorámica preliminar de la noción y del régimen de los "cometidos del Poder Público", en la doctrina y en la legislación comparadas; *adde*, la contribución precitada en la nota (108).

¹²⁹ Cortiñas-Peláez, "Estudio...", *ibidem*, nota (70), pp. XLV-XLVI, para la creciente aceptación doctrinal mexicana de la Teoría general de los cometidos del Poder Público, entendidos como prestaciones obligatorias, que generan derechos públicos subjetivos en sus destinatarios.

¹³⁰ Cfr., la reciente tesis profesional de licenciatura, con mención honorífica, de Martínez-Castañón, José Antonio, *El interés público y al intervención estatal*, UNAM/ENEP. "Acatlán", División de Ciencias Jurídicas, 1984, 423 ff.

^{130 bis} Guerrero-Orozco, *La teoría...*, op. cit., p. 32.

¹³¹ *Ibidem*, p. 128.

18.c) *La administración paraestatal (1946-noviembre 1976): continuación*

En la organización administrativa mexicana del periodo en estudio (1946-noviembre 1976), hemos intentado, visualizar en el precedente numeral 18 (como ya lo intentáramos respecto de periodos anteriores, en los numerales 2-5, 10 y 12), la complejidad de los aspectos políticos, sociales y económicos que facilitan la identificación de los factores de cambio de esta estructura administrativa. Como es comprensible, no hay explicaciones unilaterales o monistas, todos los factores se entrelazan y es difícil, máxime con nuestras limitaciones de espacio en la presente investigación, establecer correlaciones precisas y unívocas entre algún factor y alguna institución administrativa concreta.

Siempre cabe empero el señalamiento, en el sector paraestatal, de las principales adiciones y modificaciones constitucionales a él referentes, de las más relevantes creaciones institucionales del periodo y, finalmente, de las modalidades que la vigilancia y el control de las entidades paraestatales han ido asumiendo en el marco de la administración federal. De todo ello, y dado que la paraestatalidad se nos presenta como el sector orgánico y funcional más dinámico de nuestra administración federal, intentaremos la formulación sumaria de algunos apuntes de evaluación.

19.aa) *La paraestatalidad en la Constitución*

El texto fundamental no permaneció ajeno a la arrolladora multiplicación de cometidos del Poder Público y de organismos y empresas necesarios para su ejecución.

Sin pretensión de exhaustividad, cabe apuntar, entre las previsiones institucionales, las referentes a los asentamientos humanos (artículos 27, 3a.; 73, frac. XXIX. C y 115 frac. V, de 1976); a la electricidad generada para la prestación de servicio público, en cuya materia no se otorgarán concesiones a los particulares (artículo 27, párrafo 6o., parte final, de 1960); al aprovechamiento nacional de los combustibles nucleares (artículo 27, párrafo 7o., de 1974); a la delimitación y explotación de una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste (artículo 27, párrafo 8o. de 1975); a los tribunales administrativos, ajenos al marco formal clásico de los Poderes de la Unión desde 1936, situados así fuera de la administración centralizada aunque sin llegar a integrar tampoco la paraestatalidad

formal, cuya progresiva constitucionalización nos viene de 1946 y de 1967, en el artículo 104 frac. I, párrafos 2, 3 y 4; el, en verdad, algo anterior establecimiento del Seguro Social, en el artículo 123, frac. XXIX, adicionado el 6 de septiembre de 1929; al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, INFONAVIT, en el artículo 123, frac. XXII, de 1972; a los trabajadores al servicio del Estado y, particularmente, al Instituto de Seguridad y Servicio Social de los Trabajadores del Estado, ISSSTE, desde 1960, al dictarse el apartado B) del artículo 123, etcétera.

Debe tenerse igualmente en cuenta la relación orgánica directa entre el Congreso de la Unión y la administración paraestatal, derivada, durante el sexenio 1970-1976, de las adiciones al 93 constitucional, párrafos 2o. y 3o., que facultan a las cámaras para citar a los superiores jerárquicos de las instituciones paraestatales, así como a la integración de comisiones de investigación del funcionamiento de las mismas.

20.bb) *Algunas creaciones institucionales relevantes* (1946-noviembre 1976)

Además de las que se desprenden constitucionalmente según el numeral anterior, el ensanchamiento de la "galaxia" paraestatal se puso de manifiesto, entre otras, por las creaciones siguientes: el fortalecimiento de la Compañía Exportadora e Importadora Mexicana, S. A. (CEIMSA), desde 1947, la cual se convierte en CONASUPO en 1961; el robustecimiento de los ferrocarriles, mediante la requisita del Ferrocarril Sud-Pacífico; la consolidación financiera de Pemex, al llegarse (1947) a un arreglo final con las empresas petroleras expropiadas en 1938; la instalación en 1951 de la planta Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril; la multiplicación de las que el derecho comparado denomina "administraciones de misión territorial", al constituirse las comisiones de los ríos (Tepalcatepec, Papaloapan, Fuerte y Grijalva), en 1951-1952; los organismos dedicados a promover la modernización de los principales productos, tales como las comisiones nacionales del Café, del Maíz y de la Caña de Azúcar^{131 bis} el Consejo de Recursos Naturales no Renovables (hoy Consejo de Recursos Minerales) en 1955; la Comisión Nacional de Energía Nuclear, en 1955; el establecimiento del centro industrial erigido en Ciudad

^{131 bis} Respecto de todas estas instituciones, durante el periodo en consideración, cfr. Secretaría de la Presidencia, *El sector paraestatal*, op. cit., pp. 76-156.

Sahagún, Hidalgo, en 1956; el Instituto Nacional de la Vivienda, en 1958; la iniciación, en 1954, de la participación gubernamental en Industrial de Abastos, S. A.; la mexicanización de una empresa que no operaba satisfactoriamente y cuya razón social devino en 1961 Siderúrgica Nacional, S. A.; la creación de Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos (1963) y la iniciación de la participación en Aeronaves de México (1959); la intervención en la explotación de los yacimientos de hierro de Michoacán y Colima, estableciendo en el sexenio 1964-1970 las empresas Siderúrgica Lázaro Cárdenas-Las Truchas (SICARTSA), el Consorcio Minero Benito Juárez-Peña Colorada, e iniciando la participación estatal en Avíos de Acero.

Como simple mención, cabe recordar la intensa utilización de la figura mercantil del fideicomiso, a partir de 1970, surgiendo así la institución de los fideicomisos públicos, que llegaría a totalizar más de un centenar de entidades paraestatales para fines de los setentas.

21.cc) *Modalidades de vigilancia y control de la paraestatalidad:* *dos etapas*

Sumariamente, la doctrina distingue, en este periodo (1946-noviembre 1976), a este respecto, dos etapas en la evolución de la empresa pública y, en general, de la administración federal paraestatal mexicana. Después de una primera etapa de crecimiento coyuntural, entre 1925 y 1946 (*supra*, numeral 14, tercer párrafo), tenemos una segunda etapa caracterizada por el establecimiento de mecanismos de control (1947-1958), y una tercera etapa (1959-1976), caracterizada por la creación de sistemas para la planeación ligada a los ingresos, en un modelo centralizado.

Desde 1947, la preocupación por establecer mecanismos para el control administrativo y la supervisión financiera del creciente universo de entidades paraestatales, llevó a la expedición en 1947 de la primera Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.¹³² Para su instrumentación, se crearon sucesivamente y con magros resultados, la Comisión Nacional de Inversiones de 1948,^{132 bis} el Comité de Inversiones de 1953¹³³ y la nueva Comisión de Inversiones de 1954,¹³⁴ ésta

¹³² *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1947.

^{132 bis} Decreto en *Diario Oficial*, 31 de enero de 1948.

¹³³ Acuerdo en *Diario Oficial*, 27 de junio de 1953.

¹³⁴ Acuerdo en *Diario Oficial*, 29 de octubre de 1954.

dependiente del Presidente de la República y que fue quizá el intento mejor logrado hasta entonces por alcanzar una mayor racionalización de las inversiones de la administración pública federal.¹³⁵ Sus misiones y facultades se intentaron consolidar en una pretendida Secretaría de Planeación y Presupuesto, convertida en 1958 en la nueva Secretaría de la Presidencia, la cual tendría además la planeación del gasto público.

Con la Ley de Secretarías de 1958, el Gobierno Federal decide que la mejor manera de ejercer un adecuado control y otorgar coherencia y dirección unitaria a las actividades de las empresas públicas en su conjunto, es a través del establecimiento de sistemas para su ordenada planeación y evaluación. Desde 1959 hasta 1976, predomina la concepción de una planeación ligada a los ingresos, en la cual persiste el modelo de control centralizado de las instituciones paraestatales. Esta centralización operaba mediante la apoyatura de tres secretarías de Estado, la clásica de Hacienda y Crédito Público, y las recién creadas del Patrimonio Nacional y de la Presidencia; respectivamente responsables del presupuesto, del control y de la planeación. Estas tres dependencias establecieron instrumentos y medidas —en ocasiones conjuntamente, pero la mayoría de las veces cada una por su cuenta— cuyos avances y tropiezos constituyen los más importantes antecedentes de la actual organización administrativa, instaurada en diciembre de 1976.¹³⁶

Además de este instrumental del "triángulo de la eficiencia",¹³⁷ los esfuerzos gubernamentales para el fortalecimiento de la administración pública se pusieron de manifiesto en la creación de órganos, unidades y comisiones^{137 bis} que, en definitiva, permitirían en 1975 el inicio de los estudios para la implantación del presupuesto por programas y actividades, en sustitución del presupuesto tradicional.¹³⁸

¹³⁵ Así, rotundamente lo consideran Carrillo-Castro y García Ramírez, p. 48.

¹³⁶ Dicha organización actual, ajena a este trabajo introductorio, arranca en efecto de diciembre 1976.

¹³⁷ Para esta expresión, v. Carrillo-Castro y García-Ramírez, pp. 62 y 72.

^{137 bis} Para su detalle, *ibidem*, pp. 72-84.

¹³⁸ Para el presupuesto con organización programática, v. su génesis en *ibidem*, pp. 79-80.

TERCERA PARTE

PERSPECTIVAS PARA UNA EVALUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO (A NOVIEMBRE DE 1986)

22.A) *La perspectiva de los setentas: Un horizonte complejo*

En el lado positivo de la balanza, el proceso de crecimiento económico sostenido desde el cardenismo y aún más particularmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, combinado con la estabilidad política y las transformaciones sociales derivadas de la Revolución de 1910, avalaban la opinión favorable de inversionistas y banqueros extranjeros, sobre todo cuando ese crecimiento se combinó con la estabilidad monetaria y de precios posterior a 1956, dando sólido sostén al razonado optimismo y a la confianza que tenían los capitales nacionales sobre las posibilidades de desarrollo de México, firmemente encuadrado e impulsado por la administración pública federal.¹³⁹

En 1970, muchos y variados signos de progreso material alentaban ese optimismo, pues en sólo 35 años el país había sufrido una transformación radical.

En 1970, la República cumplía siete lustros de paz postrevolucionaria. De una economía predominantemente agrícola y rural, se había transformado en una predominantemente urbana e industrial. A pesar de que la agricultura registró en ese lapso un crecimiento sostenido en términos absolutos, en ese periodo disminuyen significativamente tanto la importancia relativa de las actividades primarias como su nivel de ocupación de la mano de obra global y su participación en el producto interno bruto.¹⁴⁰ La productividad por hombre ocupado, como resultado de los cambios inducidos o forjados directamente por la administración pública en la estructura de la producción, crece a un ritmo acelerado, particularmente en las industrias petrolera y eléctrica,

¹³⁹ La tasa de crecimiento del P.I.B., de 1935 a 1970 fue de alrededor de 6% anual en términos reales. Durante la década de los años sesenta, el crecimiento fue mayor: alrededor del 7% anual. Entre 1935 y 1956, la tasa media anual de crecimiento del índice de precios implícito del P.I.B. fue de alrededor de 10%, aunque durante la Segunda Guerra Mundial y en algunos años postdevaluatorios de la moneda, el incremento de los precios fue más acelerado; a partir de 1957, y hasta 1970, los precios crecen a una tasa media anual de alrededor de 4%. Cfr. Banco de México, S. A., *Estadísticas de la Oficina de Cuentas de Producción, 1970-1976*, pp. 24-25.

¹⁴⁰ La información es tomada de Carlos Tello, *La política económica en México 1970-1976*, Ciudad de México: S. XXI, 4a. ed., 1980, pp. 11-40.

la minería y las manufacturas. Los cambios registrados forjaron así una economía cada vez más diversificada, en términos de ocupación, producción y exportaciones.

La extensión de la red caminera pasó de algo más de 5 mil kilómetros en 1935 a más de 70 mil en 1970; la capacidad instalada de energía eléctrica pasa de 550 mil kilovatios a 7 millones y medio en esos años; la producción de petróleo crudo se multiplica más de cuatro veces en el mismo periodo y la superficie beneficiada con obras públicas de riego va de 160 mil hectáreas en 1935 a casi 3 millones en 1970. Los programas puestos en práctica en materia de educación, seguridad social, salud y otros, mejoraron el bienestar social de la población.

En resumen y para muchos, México era el país subdesarrollado que, en ciertos aspectos, podía compararse con los desarrollados en sus mejores épocas: dinámico, moneda sólida, buen pagador y "todo controlado". Esa imagen correspondía empero sólo a una parte del universo relevante.

23.B) *Los setentas: La otra mitad del universo relevante*

Paralelamente a esos datos algo "apantalladores", la mayor parte de los recursos de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal correspondían a cometidos de servicio público (alrededor del 34%) tales como transportes, comunicaciones, etcétera y a la producción de materias primas y energéticos (46.7%), incluyendo petróleo, electricidad, siderurgia, productos mineros y fertilizantes. Estas dos zonas de actividad, que en su conjunto significaban más del 80% de los recursos de la administración paraestatal, obedecían claramente a la política de promoción, apoyo y complementación de la inversión privada, que siguió el Estado durante las administraciones encarnadas en el "desarrollo estabilizador", de 1958 a 1970.¹⁴¹ Del resto de los recursos del sector paraestatal, una pequeña proporción correspondió a la producción de bienes de capital y de consumo y, en mayor grado, al comercio y a los servicios, dentro de los cuales el renglón más importante lo constituían las subsistencias populares (CONASUPO).

A la situación deficitaria del sector público, contribuyó en gran medida la estructura financiera de la administración paraestatal, deter-

minada por la política de ayudas (estímulos tributarios, subsidios económicos, cooperaciones diversas), principalmente a través de los precios de sus productos y servicios. De estas transferencias, la mayor parte la proporcionaron las entidades dedicadas a la prestación de cometidos de servicio público, de cometidos sociales e, inclusive de cometidos privados asumidos por la administración pública federal: los ferrocarriles,¹⁴² el Comité Administrador del Programa Federal de Construcción de Escuelas, el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez, el Instituto Nacional de la Vivienda y la Compañía Nacional de Subsistencias Populares.

Sin embargo, el más importante mecanismo de transferencias estuvo constituido por la política de precios y tarifas para los bienes y servicios negociados por la administración; el ajuste de la situación financiera de las empresas y organismos del sector público se hizo recurriendo al endeudamiento y sacrificando los planes de expansión (inclusive en organismos tan importantes para el crecimiento del país como Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad), situación que traería dificultades al desarrollo, con repercusiones en el resto de la economía.

Una evaluación tentativa y sumaria permite afirmar que, hacia finales de 1970, el modelo entonces vigente del "desarrollo estabilizador" mostraba claros síntomas de haber agotado las posibilidades de crecimiento que ofrecía; la desocupación y la concentración del ingreso se había agravado, al igual que los desequilibrios fundamentales de la economía; la baja asignación de inversión pública al sector agropecuario, durante los sesentas, hizo que su participación en el producto interno bruto fuera decreciendo; la tasa de incremento de la agricultura pasó de 6.1% en 1960-1965 a sólo 1.2% en 1965-1970 (incremento inferior al de la población, que se mantuvo en 3.5% durante todo este periodo), lo cual llevó a la disminución de la oferta de productos agrícolas y a la insuficiencia en la generalización de las divisas requeridas por el proceso de industrialización; la migración rural-urbana agravó el problema de la desocupación ya que, a pesar de su crecimiento, el sector industrial no alcanzaba a generar todos los empleos que el país demandaba, en buena medida por la sustitución de mano de obra generada por el uso de tecnologías más modernas. Complementariamente, el sector externo sufrió un deterioro creciente,

¹⁴² Los cuales eran todavía simples cometidos de servicio público, para devenir cometidos esenciales sólo en 1983.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

pues de un déficit comercial de 300 millones de dólares en 1960, que en 1962 bajó a 120 millones, pasó a 632 millones en 1968 y a 924 millones de dólares en 1970; era evidente que las exportaciones —fundamentalmente de productos primarios o semielaborados— no podían sostener el ritmo de importaciones exigido por la industrialización, debiendo recurrirse cada vez más al endeudamiento externo; al cabo, todos estos hechos acentuaron las presiones inflacionarias, llegando el índice de precios al mayoreo al 5.9% en 1970, contra el 2.4% que aproximadamente se había observado durante toda la década.¹⁴³

24.C) Debilidades y fortalezas del devenir administrativo

La Administración Pública en México, sus problemas y dificultades, únicamente pueden ser comprendidos si se les sitúa en los contextos históricos precortesiano¹⁴⁴ y colonial español, así como en la interacción de los aspectos político-sociales y factores de cambio que han incidido e inciden en su devenir actual, tanto orgánico como funcional. *Los objetivos constitucionales de 1917 no deben ser un mero "programa", sino un auténtico ordenamiento jurídico susceptible de ejecución y control.* Para ello se requiere un estado mayor administrativo numeroso y bien adiestrado, por ejemplo en una Escuela Nacional de Administración Pública, para llevar a cabo las reformas educativas, burocráticas, sociales, agropecuarias, mercantiles e industriales de largo alcance. El alto porcentaje de analfabetismo, tanto absoluto como particularmente funcional, el grado relativamente corto de experiencia y habilidad industrial y administrativa puesto trágicamente de manifiesto por el colapso reciente del más importante grupo empresarial privado, los elementos feudales de una estructura política y administrativa inverosímilmente centralizada y hasta concentrada en el único "amo" de la administración,¹⁴⁵ todo ello se combina para hacer más difícil la realización administrativa de aquellos deslumbradores objetivos de largo aliento.

A pesar de estos obstáculos tan graves, *el progreso alcanzado es digno de admiración.*¹⁴⁶ De tiempo en tiempo, tanto en México como

¹⁴³ Para este balance, cfr. Secretaría de la Presidencia, *El sector paraestatal*, op. cit., pp. 154-155.

¹⁴⁴ Madrid-Hurtado, Miguel de la, *Estudios de derecho constitucional*, Ciudad de México: Porrúa, S. A., 2a. ed., 1980, en su estudio sobre el Presidente de la República, pp. 241-251.

¹⁴⁵ Goodspeed, Stephen Spencer, "El papel del jefe del Ejecutivo en México", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 9-197, esp. 12 ss.

¹⁴⁶ Ebenstein, William, "Premisas históricas y tendencias del gobierno mexicano", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 306-316, esp. 316.

en el extranjero, se ha predicho que la falta de experiencia y de personal administrativo impedirían alcanzar los objetivos preceptuados por la Constitución de 1917, en los campos de la legislación económica, industrial y agrícola específicamente, social y educativa. Pero, en cada caso, los datos muestran que los avances, como un todo, se han llevado a cabo de una manera satisfactoria. México ya ha superado la primera etapa postrevolucionaria, protagonizada hasta 1946 por la dirigencia militar y parece vocado a desplazar progresivamente los enfoques formalistas de licenciados (tanto en derecho, como en economía, ciencias políticas, contabilidad, administración pública, etcétera), para dar paso, como en la Unión Soviética, en Francia, en el Reino Unido, en las dos Alemanias o en los Estados Unidos del Norte, a los expertos en organización y administración, a los "capitanes empresariales públicos" que asuman, como un privilegio pero también como una responsabilidad profesional, la conducción de las dependencias y entidades de la administración pública federal. Al igual que en otros países latinoamericanos, jóvenes mexicanos de ambos sexos están siendo enviados al extranjero (de preferencia, claro está, a Europa y a los países socialistas pero, por la fuerza de la vecindad, también a los Estados Unidos del Norte), para adquirir esos conocimientos en una forma rápida e intensiva. Una nueva generación de dirigentes está creciendo, la cual se rebela en contra de los factores y de la política que pervierten y violan los objetivos de la Primera Constitución Económica y Social del siglo xx.

Hasta 1959, México ha sido por muchos conceptos guía de América Latina, en lo que se refiere a reformas sociales, políticas y culturales. La emergencia de la Revolución Cubana pareció generar un ocaso, de cuya transitoriedad testimonia la Constitución de Nicaragua de 1987.¹⁴⁷ No parece por lo tanto difícil profetizar que el alto grado de creatividad, energía y lucidez desplegado por la administración mexicana durante estos setenta años (1917-1987) se traslade pronto hacia un progreso administrativo de alcances profundos y duraderos.

25. D) El realismo jurídico y el hexágono de las prioridades de nuestra administración pública

Toda ciencia jurídica bien entendida, en cuanto ciencia social, forma parte del gran espectro de las ciencias políticas, de las cuales las ciencias administrativas no son sino una rama. El mérito de las construcciones administrativas, principalmente europeas, no les confiere auto-

¹⁴⁷ Texto de la Constitución de Nicaragua, citado *supra*, nota 52.

máticamente validez universal; pero sería igualmente arbitraria una exasperación de ese "particularismo latinoamericano", que implicara el rechazo de su aportación teórica y práctica, *sin cotejarla críticamente con las necesidades mexicanas, de Estado débil y asediado por la dominación deformante del exterior y por las disfuncionalidades de la sociedad nacional*. Una consideración rigurosa del entorno, que engendra y protege a nuestra frágil administración pública en México, implica automáticamente el rechazo de un enfoque formalista, intemporal e inespacial, ahistórico, desvinculado del realismo jurídico, que nos parece el único método científico, coherente y sistemático, aplicable a las construcciones, entrelazadas dialécticamente, de los elementos normativos y extranormativos de la ciencia de la administración.

Ahora bien, la profundización de las categorías administrativas no será eficaz si se limita, como en la numerología de ciertas dependencias gubernamentales de corte "extraterrestre", a la cuantificación funcionalista del gerencialismo angloamericano, prescindiendo de *la realidad esencial de la Administración como conducción, como centro de preparación y formulación*, sometida luego a la decisión de las instancias políticas, *de las grandes opciones del Poder Público*.

El objeto de esta nueva disciplina que es "La Administración Pública en México", es precisamente la administración y, en definitiva, el Estado Mexicano. Este prepara, propone y ejecuta decisiones claves en *el hexágono de las prioridades de la administración pública*, las cuales, necesariamente en evolución, son las siguientes:

Primera: El acceso libre y efectivo de las mayorías a todos los bienes y servicios de la comunidad y, en particular a la ciencia y a la cultura, para hacer más consciente y responsable su participación en la gesta de un Nuevo Poder Público;

Segunda: La determinación, por el Nuevo Poder Público, de una racional absorción de la desocupación, apoyándose en una potente administración prestacional, la cual y en ejecución de todos sus cuatro niveles de cometidos, procede a una reestructuración dinamizante de los espacios inexplorados;

Tercera: La plena participación, en régimen de autoadministración,¹⁴⁸ de las mayorías en este aparato prestacional, en sus dependencias centralizadas como en sus entidades paraestatales o territorialmente autónomas;

Cuarta: La superación del divorcio entre Estado y sociedad, mediante la quiebra de los sectores feudales del poder político, federales o

¹⁴⁸ Guerrero-Orozco, *La teoría...*, op. cit., p. 143.

estaduales, sean ellos económicos, sociales o burocráticos, nacionales o extranjeros; para lo cual deben garantizarse elecciones efectivamente disputadas: cuyos resultados, limpiamente reconocidos mediante una jurisdicción electoral autónoma, sean fiel reflejo del sufragio universal directo;

Quinta: La extensión sectorial y el perfeccionamiento técnico-gerencial de los organismos y empresas responsables de la ejecución de los cometidos del Poder Público; y

Sexta: La atenuación de la dominación y deformación, principalmente económica pero consecuentemente política y militar, ejercida por centros de poder externos, corolario apenas separable de las cinco prioridades precedentes.

La naturaleza política del hexágono de las prioridades de la administración pública en México, que no necesita ser demostrada, define por sí misma a la ciencia administrativa contemporánea de Nuestra América.¹⁴⁹

26. E) *De la "Teoría de la integración" de Rudolf Smend, proyectada a la administración pública en México*

Resultado histórico de un conjunto heterogéneo de razas y culturas, México tiene entre sus objetivos constitucionales capitales el robustecimiento de la identidad nacional,¹⁵⁰ permanentemente cuestionada en este siglo xx, por la realidad actual de la lucha de clases, donde hay quienes parecen suponer que la subsistencia de la sociedad misma depende de una clase social explotada,¹⁵¹ así como por la creciente desvirtuación racial y cultural que amenaza directamente nuestra frontera septentrional. De este modo, podría pensarse que los Estados Unidos Mexicanos corren el riesgo de convertirse en la negación de lo que la "doctrina de la integración", de Rudolf Smend, considera requisitos indispensables en un proceso nacional de integración. No cabe, por

¹⁴⁹ En este sentido, Cortiñas-Peláez, León, "Un derecho administrativo comunitario latinoamericano" (Notas para una consideración multidisciplinaria), originariamente "Prólogo" de Fernando Aguirre-Bastos, *El grupo subregional andino en el proceso de integración económica en América Latina*, Valencia/Venezuela: Facultad de derecho de la Univ. de Carabobo, 1976, reproducido en México: *Rev. latinoamericana de administración pública*, Núm. 7, Presentación de Andrés Caso-Lombardo, 1978, pp. 5-78.

¹⁵⁰ Madrid-Hurtado, Miguel de la, *Elementos...*, op. cit., numeral 1105, pp. 507-508.

¹⁵¹ Así lo denunciaba el Partido de la Revolución Mexicana, *El Segundo Plan Sexenal*, 1940, pp. 39-40; que hemos transcrito en el segundo de los lemas que encabezan este trabajo.

cierto, limitar el parentesco entre la "doctrina de la integración" y la rama del derecho público conocida como Ciencia de la Administración a una mera conexión superficial. Por el contrario, existe una conexión esencial. En ambos casos, nos hallamos ante una estructura social en devenir dialéctico, en un proceso de unificación en constante renovación vital. Parafraseando al ilustre maestro de Gotinga, en su síntesis de la "teoría de la integración", publicada en 1966:

"en la realidad social y política del mundo contemporáneo y, por ello, también en nuestro pensamiento y lenguaje, la palabra y el concepto de integración desempeñan un papel incomparablemente mayor que antaño... Un mundo nuevo, una transformación revolucionaria de instituciones y de costumbres nacionales y provincianas, plantea problemas de integración, de interacción de entidades federativas, de acomplamiento de clases sociales y de sectores de la producción, hasta hoy cerrados e independientes. En esto se ve claramente que la integración no significa ni adición ni anexión a otro, sino construcción de un nuevo todo, mediante una nueva combinación armónica de las partes anteriormente separadas, mediante la cual éstas gracias a su recíproca influencia patentizada en pérdidas y ganancias, tienen necesariamente que cambiar su naturaleza concreta y hasta su estatuto jurídico.¹⁵²

Importa realzar en esta aportación de Smend a nuestro tema que su rechazo, tanto del positivismo normativista como del decisionismo nacionalsocialista (que es su natural consecuencia histórica y jurídica) implica también un rechazo del librecambismo liberal. Integración no significa ni adición ni anexión a otro, sino... una nueva combinación "armónica". Su efecto no puede ser de modo alguno, la resultante de la mera suma de los contrarios, ni se obtiene mediante la violencia, sea esta explícita o implícita,

El ejemplo de la violación del Derecho sin que se opere violación alguna de una norma positiva y formal precisa, nos permite comprenderlo mejor. En efecto, puede darse por autoridades o por habitantes una violación manifiesta de la organización o fines de la administración pública, sin que sus normas positivas tengan que ser formalmente violadas. Como enseña la más reciente y autorizada doctrina europea de

¹⁵² Smend, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, 1928, ahora en sus contribuciones de derecho público y otros escritos (*Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*), Berlin: Duncker & Humblot, 1968, pp. 119-276.

derecho administrativo,¹⁵³ puede darse una violación manifiesta del ordenamiento jurídico administrativo, sin que sus normas positivas tengan que ser formalmente violadas. Al respeto de la normatividad puede acompañarse el reinado manifiesto de la antijuridicidad, como ya lo denunciara en 1913 el senador Belisario Domínguez ante la dictadura de Huerta; así como Adolfo Hitler viola en 1933 el derecho republicano de la Constitución alemana de Weimar, pero respeta formalmente sus normas.

Vemos pues que la aplicación subconsciente del normativismo y explícita del decisionismo a la difícil coyuntura de México en los setentas (*supra*, numeral 23) amenazó con redundar en un desconocimiento substancial de los principios y obligaciones prestacionales del Estado Democrático y Social de Derecho, sin perjuicio de su respeto formal y aparente. El funcionamiento, en efecto, de la economía en beneficio exclusivo de una minoría cada vez más privilegiada de la población, no viola formalmente la Constitución General de la República, pero crea desequilibrios intersectoriales y de clases sociales tan graves que destruyen toda juridicidad, pues instauran una violencia institucionalizada en perjuicio de los sectores y personas económicamente más débiles.

Si, como postula Smend, el "nuevo todo" sólo se da mediante una nueva combinación armónica de las "partes anteriormente separadas", la práctica de nuestra economía mixta posterior a 1946 ha contribuido por el contrario a disgregar crecientemente a los pueblos integrantes de la nación mexicana, acentuando los desniveles entre entidades federativas y fortaleciendo un "colonialismo interno" dentro de la nación y entre sus clases sociales.

27. F "La Ley de impotencia de la Administración"

La severidad del numeral anterior no sería justa, si no es matizada por una sabia consideración de la doctrina marxiana.¹⁵⁴ Se trata de la ley sociológica conocida como de "la impotencia de la administración".

¹⁵³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 4a. ed., I, 1986.

¹⁵⁴ El rey de Prusia pensaba que el pauperismo y los disturbios de los trabajadores eran producto de "una deficiencia administrativa o de beneficencia"; en cuya postura era apoyado por un antiguo compañero de luchas de Carlos Marx, de nombre Arnoldo Ruge, en su artículo "El rey de Prusia y la reforma social". A ello respondió Marx en "Notas críticas al artículo 'El rey de Prusia y la reforma social' por un prusiano", reproducido en versión castellana en Ciudad de México: *Revista de administración pública*, conmemorativa del 25 Aniversario del Instituto Nacional de Administración Pública, 1980, pp. 249-260.

En efecto, en estas épocas en que la desesperación de la crisis del capitalismo mundial, inaugurada en 1971 y agravada en 1973, pretendería exigirle a la administración pública mexicana quizás más de lo que puede hacer y transformar, es factor de lucidez recordar que hay una contradicción entre la decisión y buena voluntad de la administración, por un lado, y sus riquezas y recursos, por el otro; esta contradicción no se puede conjurar, porque la existencia de la administración está basada en ella: el Estado vive de la oposición entre la vida pública y la vida privada, entre los intereses generales y los intereses particulares.

La administración tiene que limitarse a una actividad formal y negativa, pues está limitada por las condiciones reinantes de una sociedad a la cual debe servir y contra la cual no puede atentar. Por lo tanto, no se le podría pedir a la administración que transforme a la sociedad sobre la cual actúa, ni que modifique las condiciones en las cuales ésta se desenvuelve. Esta visión es quizás frustrante, pero es veraz: es una objetividad contra la cual los científicos de la administración pública en México no deberían estar vacunados.¹⁵⁵

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA,
CITADA ABREVIADAMENTE EN EL TEXTO

- Acosta-Romero, Miguel, *Teoría General del derecho administrativo, Primer Curso*, 7a. ed., ciudad de México: Porrúa, S. A., 1986.
- Aranguren, Fernando, et al., *Pensamiento empresarial mexicano*, 2a. ed., Monterrey: Avance Editorial, S. A., 1975.
- Attolini, José, "Administración pública en México", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 65-69.
- Busto, Emiliano, *La administración pública de México - breve estudio comparativo entre el sistema de administración de Hacienda en Francia y el establecido en México (1889)*, ciudad de México: Secretaría de la Presidencia/Dirección General de Estudios Administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie: B) Bibliográfica núm. 1, 1976.
- Brandenburg, Frank, "Conquistas revolucionarias en la vida económica" en Ross, Stanley R., *¿Ha muerto la Revolución Mexicana? — Balance y Epílogo*, ciudad de México: Secretaría de Educación Pública/SepSetentas, 1972, pp. 63-82, tomado de su obra *The Making of Modern Mexico*, Englewood Cliffs N. J.: Prentice Hall, 1964.

¹⁵⁵ Marx, *ibidem*, p. 254.

- Cadena Rojo, Jaime, "Orígenes y desarrollo del contencioso administrativo en México", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 423-442; tomado de la *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2o. número extraordinario. Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal, 1966, pp. 217-258.
- Carrillo-Castro, Alejandro, *La reforma administrativa en México*, ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, S. A., 3 vols., 1980-82.
- Carrillo-Castro, Alejandro, *Metodología para el estudio del funcionamiento y reforma de la Administración Pública (una propuesta)*, ciudad de México: UNAM/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, tesis doctoral en Administración Pública, 1981.
- Carrillo-Castro, Alejandro y García Ramírez, Sergio, *Las empresas públicas en México*, ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, Prólogo de Francisco Labastida Ochoa, 1983.
- Carrillo Flores, Antonio, "El concepto de lo contencioso administrativo" en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 369-371; tomado de la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-28, enero-diciembre 1945.
- Casanova-Álvarez, Francisco, *México: economía, sociedad y política Antología*, ciudad de México: UNAM/Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlán" (programa del libro de texto universitario, Serie de 4 vols., de los cuales han aparecido los dos primeros, 1985.
- Córdova, Arnaldo, *La ideología de la Revolución Mexicana, La formación del nuevo régimen*, ciudad de México: Era, S. A. y UNAM/Instituto de Investigaciones Sociales, 1973.
- Cortiñas-Peláez, León, "Estudio preliminar" de Omar Guerrero-Orozco, *La teoría de la administración pública*, ciudad de México: Harla, 1986, pp. XXV-LXV.
- Cortiñas-Peláez, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, 1972.
- Cosío-Villegas, Daniel (Coordinación y nota preliminar), *Historia general de México*, ciudad de México: El Colegio de México, 4 vols., 1976.
- Chellet Osante, Roberto, *Organización administrativa y política de la República Mexicana*, ciudad de México: Secretaría de Hacienda y Crédito Público/Academia de Capacitación, 1955.

- Ebenstein, William, "Premisas históricas y tendencias del gobierno mexicano", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 306-316.
- Fraga Magaña, Gabino, *Derecho administrativo*, 23a. ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga Mouret, que incluye conferencia de Antonio Carrillo-Flores, "Doctor Gabino Fraga Magaña, forjador del derecho mexicano moderno administrativo", ciudad de México: Porrúa, S. A., 1984.
- García Díaz, María, "Base institucional de la reforma administrativa", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 589-592; tomado de la *Revista de Administración Pública*, ciudad de México: INAP núm. 17, diciembre 1964, pp. 60-65; parte final de *La intervención del Estado en la economía mexicana*, ciudad de México: UNAM/Escuela Nacional de Economía, tesis de licenciatura en economía, 1963.
- González-Casanova, Pablo y Aguilar Camín, Héctor (coordinadores), *México ante la crisis*, ciudad de México: Siglo XXI, 2 vols., 1985.
- González-Cosío, Arturo, *El juicio de amparo*, ciudad de México: Porrúa, S. A., prólogo de León Cortiñas-Peláez, 2a. ed., 1985.
- González-Cosío, Arturo, *El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, ciudad de México: Porrúa, S. A., 2a. ed., 1982.
- González-Cosío, Arturo, *Ensayos escogidos - Historia, Sociedad y Política de México*, ciudad de México: UNAM/Coordinación de Humanidades, 1981.
- González-Fernández, José A., "Antecedentes y comentarios a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho, Año 2, 1978, pp. 337-391.
- Goodspeed, Stephen Spencer, "El papel del jefe del Ejecutivo en México", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 9-197.
- Gordon-Schaeffer, Wendell Karl, "La Administración Pública mexicana", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 199-303.
- Guerrero Orozco, Omar, *La administración pública del Estado capitalista*, Barcelona: Fontamara, S. A., Prólogo por Octavio Rodríguez-Araújo, 1981.
- Guerrero Orozco, Omar, "La administración pública presidencial", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho, Año 4, núm. 4, 1980, pp. 637-653.
- Gutiérrez A., Raquel, "Reflexiones sobre el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje para los trabajadores al servicio del Estado", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 373-396; tomado de *Revista*

- del Instituto Técnico Administrativo del Trabajo*, ciudad de México: Secretaría del Trabajo y Previsión Social, nos. 26-27-28, 1965-66, pp. 97-164.
- Hansen, Roger D., *La política del desarrollo mexicano*, ciudad de México: Siglo XXI, múltiples ediciones desde 1971.
- Harrer, Hans Jürgen, *1910-1917 raíces económicas de la revolución mexicana*, traducción del alemán por Ingrid Geist, ciudad de México: "taller abierto", 1979.
- Ibarra, David et al., *El perfil de México en 1980*, ciudad de México: Siglo XXI y UNAM/Instituto de Investigaciones Sociales, 3 vols., múltiples reediciones desde 1970.
- Izaguirre Rojo, César Augusto, "Comisión Reorganizadora de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 1927-1928", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 529-531; tomado de la *Revista de Administración Pública*, ciudad de México: INAP, núm. 7, enero-marzo 1958, pp. 41-47.
- Lares, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, ciudad de México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852; ed. facsimilar con Prólogo de Antonio Carrillo Flores, ciudad de México: UNAM, 1978.
- López Portillo, José, "Las reformas a la administración pública", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 633-638.
- López Portillo, José, "La reforma administrativa en la administración para el desarrollo en México", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 641-646.
- López Rosado, Diego G., *Historia y pensamiento económico de México*, ciudad de México, UNAM/Instituto de Investigaciones Económicas, 6 vols., 1968-74.
- Madrazo-Cuéllar, Jorge (Director), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, ciudad de México: UNAM/Rectoría, con una *Presentación* de Jorge Carpizo McGregor, 1985.
- Madrid-Hurtado, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: Instituto de Capacitación Política/Partido Revolucionario Institucional, 1982.
- Mijares-Palencia, José, *El gobierno mexicano, su organización y funcionamiento*, 1936; ed. facsimilar en ciudad de México: Secretaría de la Presidencia/Dirección General de Estudios Administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie: B) Bibliográfica núm. 3, 1976.
- Olivera-Toro, Jorge, *Manual del derecho administrativo*, ciudad de México: Porrúa, S. A., 4a. ed., 1976.

- Olivera-Toro, Jorge, intervención sobre "I. Reforma administrativa; II. Modificaciones en la estructura de la Administración Pública mexicana; y III. Tradición del Estado Mexicano" en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 614-615; tomado de la *Memoria del Seminario sobre planeación socioeconómica*, ciudad de México: UNAM/Facultad de Derecho, 1965, pp. 195-222.
- Ovalle-Fernández, Ignacio (coordinación general), *Necesidades esenciales en México. Situación actual y perspectivas al año 2000*, ciudad de México: Siglo XXI y COPLAMAR (Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados), 5 vols., múltiples reediciones desde 1982.
- Patton-Glade Jr., William, "Las empresas gubernamentales descentralizadas", en *Aportaciones... (extranjeros)*, pp. 317-547.
- Pichardo-Pagaza, Ignacio, *Introducción a la administración pública mexicana*, ciudad de México: Instituto Nacional de Administración Pública, múltiples reediciones desde 1984, 2 vols.
- Pichardo-Pagaza, Ignacio, "Planeación del desarrollo y reforma de la administración pública", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 569-573; tomado de la *Revista Comercio Exterior*, ag. 1964, pp. 533-540.
- Pichardo-Pagaza, Ignacio, "Reflexiones sobre el propósito y el método de la reforma administrativa", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 619-626; tomado de la *Revista Comercio Exterior*, noviembre 1966, pp. 823-829.
- Presidencia de la República, *La administración pública del Estado federal mexicano, Libro Primero: Marco global administrativo del gobierno federal*, ciudad de México: Coordinación General de Estudios Administrativos, Colección lineamientos núm. 6, 1982.
- Revista de Administración Pública, "Leyes de Secretarías y Departamentos de Estado de México Independiente, 1821-1958", ciudad de México: INAP, no. 10, 1958, pp. 49-165.
- Rivera-Marín, Guadalupe, "Técnicas del manejo de personal en la administración pública mexicana", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 481-488.
- Rodríguez-Araújo, Octavio, "Desarrollo, dependencia y administración pública en México", en la obra colectiva de Tjerk Franken et al., *Política y Administración Pública*, ciudad de México: UNAM/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 30, 1973.
- Rodríguez-Reyes, Álvaro, "Diagnóstico administrativo del gobierno federal", en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 553-567; tomado de

- Revista de Administración Pública*, núm. 16, enero-marzo 1964, pp. 7-41.
- Rodríguez-Reyes Álvaro, "La reforma administrativa del gobierno federal", en *Aportaciones... (mexicanos)* pp. 607-618; tomado de la *Memoria del Seminario sobre planeación socioeconómica*, ciudad de México: UNAM/Facultad de Derecho, 1965, pp. 195 ss.
- Secretaría de la Presidencia, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal (autores extranjeros)*, ciudad de México: Dirección General de Estudios Administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie: B) Bibliográfica núm. 4, 1976.
- Secretaría de la Presidencia, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal (autores mexicanos)*, Ciudad de México; Dirección General de Estudios Administrativos, Colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, Serie: B) Bibliográfica núm. 5, 1976.
- Secretaría de la Presidencia, *México a través de los informes presidenciales*, especialmente el tomo 5 sobre *La Administración Pública* (en 5 vols.) y el tomo 6 sobre *El Sector Paraestatal*, Ciudad de México: Secretaría del Patrimonio Nacional y Secretaría de la Presidencia, 1976.
- Serra-Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, ciudad de México: Porrúa, S. A., 2 vols., 1986.
- Silva-Herzog, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica/Colección popular, 2a. ed., múltiples reimpresiones desde 1972.
- Silva-Herzog, Jesús, *El pensamiento económico, social y político de México 1810-1964*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica e Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, múltiples reimpresiones desde 1967.
- Solis, Leopoldo, *La realidad económica mexicana: retrovisión y perspectivas*, ciudad de México: Siglo XXI, múltiples reediciones desde 1970.
- Solis, Leopoldo, *La economía mexicana*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica/Selecciones de Lecturas de *El Trimestre Económico*, 2 vols., 1973.
- Steger, Hans Albert y Schneider, Jürgen (Dirección General), *Economía y Conciencia social en México*, Ponencias del segundo coloquio interdisciplinario de la sección latinoamericana del Instituto Central de la Universidad de Erlangen-Nürnberg, ciudad de Mé-

- xico: UNAM/Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlán", 1981.
- Torres, Blanca (Compiladora), *Descentralización y democracia en México*, ciudad de México: El Colegio de México, 1986.
- Vidal, Ernestina, "Administración Pública" en *Aportaciones... (mexicanos)*, pp. 537-547; tomado de la *Revista Cuestiones Nacionales* núm. 9, 1958, pp. 3-38.
- Villaseñor, Víctor Manuel, *Memorias de un hombre de izquierda*, ciudad de México: Grijalbo, S. A./Biografías Gaudesa, 2 vols., 1976.
- Wilkie, James W., *La revolución mexicana (1910-1976). Gasto federal y cambio social*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, Traducción del inglés por Jorge E. Monzón, 1978.
- Wilkie, James W. y Monzón de Wilkie, Edna, *México visto en el siglo XX, Entrevistas de historia oral*, ciudad de México: Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, 1968.

ESBOZO DE ALGUNAS TEORÍAS MARXISTAS DEL DERECHO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción. I. Doctrina jurídica soviética. II. Teorías marxistas del Derecho en Occidente. III. Unas palabras sobre el marxismo jurídico en Latinoamérica. IV. Conclusión.*

INTRODUCCIÓN

Delinear hoy el marxismo es algo complejo. No existe una sola teoría marxista, sino varias. El marxismo es toda una corriente de pensamiento inspirada en los escritos de Karl Marx. Pero sus seguidores han adoptado posturas distintas y se han encaminado por rumbos distintos también.

Marx es el gran develador de los mitos de la sociedad capitalista; es el gran crítico de la Formación Social Capitalista. Su certero análisis apunta hacia el cuestionamiento del Estado, del trabajo explotado y del Derecho mismo. Elabora, además, una teoría de la revolución, con vistas a la superación del capitalismo. Pero aquellos que abrevan en sus postulados, han elaborado teorías sociales y políticas divergentes.

Ahora bien, si exponer el marxismo como corriente de pensamiento es una tarea muy compleja, por las diversas corrientes que existen, difícil resulta hacerlo también respecto de la teoría marxista del Derecho, por las siguientes razones: 1a. los textos de Marx sobre el Derecho son esporádicos y marginales; no elaboró una teoría jurídica acabada; 2a. la corriente dogmática marxista (doctrina oficial), trata el Derecho de manera despectiva dándole una importancia de segundo orden, además de que sus conclusiones acerca del fenómeno jurídico son sumamente simplistas; y 3a. las elaboraciones marxistas acerca del Derecho, de signo no dogmático —casi todas recientes con excepción de los juristas soviéticos de la primera etapa de la Revolución—, también se han encaminado por rumbos diversos, de tal modo que no puede hablarse de una sola teoría marxista del Derecho.

Según N. Reich, citado por Francesca Puiquelet, bajo la denominación de "teoría marxista del Derecho", caben diversas perspectivas: "1a.) La que ve en el Derecho un instrumento de dominio de clase. A partir de ella el Derecho no sería más que la voluntad de clase convertida en ley; 2a.) La que cree que el objetivo de una teoría del Derecho marxista debería consistir en profundizar en el carácter ideológico del Derecho...; 3a.) La que sostiene que la finalidad de la teoría marxista del Derecho no puede ser otra que la de elaborar una teoría del Derecho crítico-emancipatoria; 4a.) La teoría del Derecho mejor, Desde esta óptica se intenta, como Bloch, oponer a la vieja injusticia del Derecho burgués un Derecho *justo*; 5a.) La teoría que trata de legitimar el Derecho del socialismo real".¹ Por supuesto que la discusión sobre el tema está abierta. No todos están de acuerdo en que estas cinco perspectivas correspondan todas ellas a la "tradición marxista"; unos aceptan algunas, otros más aceptan otras.

Aquí no vamos a entrar en esa discusión. A mi modo de ver, de una u otra forma, esos cinco modos de abordar el fenómeno jurídico apelan a Marx. Si son fieles o no a lo nuclear de su pensamiento, esa es una cuestión que este trabajo no tiene por objeto abordar.

A continuación esbozaré algunos pensamientos jurídicos que apelan a los postulados teóricos de Marx; se tratan, pues, de teorías marxistas del Derecho. El plan de exposición es el siguiente: Primero abordaremos el pensamiento jurídico marxista en la Unión Soviética; en segundo lugar, pasando al pensamiento jurídico marxista de occidente, expondremos directamente a Marx, exclusivamente en el modo como trata el Derecho en su *Crítica del Programa de Gotha*, diremos unas palabras, además, acerca del jurista italiano Umberto Cerroni, sintetizaremos el "jusnaturalismo-marxista" de Bloch, y nos referiremos a algunos autores del movimiento contemporáneo francés *Critique du Droit*; en tercer término pasaremos a América Latina, en donde tocaremos algunos puntos trabajados por Óscar Correas, y por último nos referiremos al modo como la corriente latinoamericana del *uso alternativo del Derecho* utiliza el marxismo.

I. DOCTRINA JURÍDICA SOVIÉTICA

Para ubicar las cosmovisiones jurídicas soviéticas es bueno hacer referencia a la tradición teórica general de Rusia.

¹ Puiquelet Martí, Francesca. "Sobre la Filosofía Jurídica Marxista Española", en *Crítica Jurídica* No. 5. Ed. Universidad Autónoma de Puebla, 1987, p. 28.

La cultura rusa, en general, tiene una tardía constitución sistemática respecto a la cultura occidental. Por lo tanto, su filosofía tiene también una constitución tardía, lo que induce a un estudio y recepción acrítica de la más avanzada elaboración de Occidente. La tradición teórica rusa, pese a sus innegables aspectos positivos, es débil.

En cuestiones filosóficas la primacía en Rusia será en el aspecto ético-político, que contrasta con una escasa y pobre elaboración en filosofía del Derecho. Esto último nos lo explica Cerroni al decir que: "Faltó en Rusia una directa y consistente influencia del derecho romano y el medioevo ruso permaneció totalmente extraño a la lenta pero eficaz reelaboración romanista que se produjo en Occidente. Igualmente faltó la cesura comunal, que fue la cuna del renacimiento romanista, y faltó finalmente todo influjo del Renacimiento: Rusia permaneció durante siglos encerrada en instituciones y en formas culturales atrasadas, sufriendo, en cambio, la pesada cesura del dominio mongol, alcanzando la unificación estatal nacional en un clima autocrítico feroz frente al que ni siquiera la Iglesia logró desarrollar alguna función de contestación o de oposición. Se comprende que la débil estructura jurídica de Rusia, unida a la ausencia de una tradición filosófica, moviera el compromiso ético-político en direcciones muy distintas de las usuales en Occidente: hacia la meditación del tema de la 'estabilidad rusa' interpretada en clave nacional-psicológica, sin ninguna relación sensible con los grandes temas de la filosofía político-jurídica occidental, cuyo transcurso histórico venía precisamente dado por la tradición romanista, por el contraste Iglesia-Imperio, por el jusnaturalismo y por la problemática constitucional de la división de poderes y de los derechos del hombre y del ciudadano".²

Es hasta principios de este siglo que el pensamiento filosófico-jurídico de Rusia empieza a tener cierto movimiento y a producir ciertas ideas originales. Se inicia con la revisión crítica del positivismo, desde la óptica ya sea del marxismo o de cierto espiritualismo. Se ubica aquí el debut como marxista de Lenin.

El marxismo empezó a difundirse en Rusia en los últimos años del siglo XIX. Fue una difusión rápida y amplia, que tuvo como intermediarios fundamentales a Plejanov y Lenin.

Georgü Valentinovich Plejanov (1856-1918) tradujo en 1882 el *Manifiesto* de Marx y Engels. Y aunque se comprometió a fondo con la lucha política, se dio tiempo para escribir varias obras de filosofía con

² Cerroni, Umberto, *El pensamiento jurídico soviético*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977, pp. 15, 16 y 17.

las que se educó una generación entera de intelectuales marxistas rusos. Su pensamiento tuvo más influencia de Engels que de Marx "y se inspiró en una construcción materialista de dudoso valor filosófico en la que tuvo parte no pequeña el espinosismo".³

En la tradición de pensamiento marxista se repitió la característica general del pensamiento ruso: predominio de la problemática ético-social y política y escasa elaboración teórica en otro terreno.

Después de 1900 aparecen en el campo marxista las primeras obras dedicadas específicamente al Derecho y al Estado. Son obras circunstanciales, como artículos esporádicos, de Stuchka, Lenin y Trotsky. La primera obra orgánica de estos temas es *El Estado y la Revolución* de Lenin, escrita en 1917.

La transformación política de Rusia después de 1917 se encontró con una grave carencia de elaboración en el campo de los estudios jurídicos y teóricos. La dificultad aumentaba por la urgencia de la obra de restauración de las normas y de las instituciones. La solución se buscó en el marxismo; esto es, trató de teorizarse sobre el Derecho desde la perspectiva marxista y las soluciones prácticas, en ese terreno, en la medida de lo posible, trataron de ser consecuentes con los postulados teóricos marxistas también.

En el campo que nos interesa que es el jurídico, y en concreto la filosofía y las cosmovisiones jurídicas, es necesario interrogarse sobre el alcance de la interpretación que hacen de Marx los teóricos jurídicos soviéticos y acerca del contenido del "marxismo jurídico" que produjeron. El planteamiento de estas interrogantes resulta muy importante porque la interpretación de Marx realizada por las varias escuelas jurídicas soviéticas ha sido muy diferente y, por lo tanto, han producido varios "marxismos jurídicos", por llamarles así.

Las diversas interpretaciones jurídicas marxistas de las escuelas soviéticas, siempre han tratado de legitimarse con abundantes referencias textuales a las obras de Marx. La gama de interpretaciones ha sido tan amplia, dice Cerroni, que abarca "casi toda el área tradicional de la filosofía jurídica: del sociologismo al psicologismo y al normativismo. Esta constatación pone evidentemente en crisis el tipo de aproximación a Marx al que con frecuencia los juristas han recurrido, es decir, el procedimiento de selección de los lugares en los que Marx viene a hablar explícitamente del Derecho".⁴

³ *Idem.*, *supra*, p. 25

⁴ *Idem supra*, pp. 43 y 44.

Lo que si no admite duda, como dijimos, es que Marx no elaboró una teoría del Derecho explícita y completa. Sólo se ocupó en ocasiones de temas jurídicos de manera esporádica y marginal, dando así algunos textos importantes. Sin embargo, como escribe Cerroni: "Buscar en estas alusiones ocasionales una respuesta articulada a los problemas de teoría del Derecho parece contravenir abiertamente a la excepcional cautela científica de Marx, que, en definitiva, sólo publicó un volumen 'acabado' de ciencia social: precisamente el primer volumen del *Capital*." ⁵ Pues, a pesar de esta objetiva carencia de textos, se han entretejido diversas teorías "marxistas" del Estado y el Derecho, habiéndose hecho oficial una de ellas, la avalada por el stalinismo, elaborada con textos de Marx, Engels y Lenin.

"Se puede concluir de todo ello que a través de esta progresiva ampliación, por contaminación, en el pensamiento de Marx se ha operado bien una adulteración, bien una arbitraria canonización, que están en el origen de la fundamentación dogmática y también de la profunda variedad que se ha manifestado en la construcción de la nueva cultura jurídica soviética, de modo especial cuando ésta viene unida, en la época de Stalin, a una interpretación del "marxismo-leninismo" que se presumía exacta e inatacable".⁶

El pensamiento jurídico soviético ha formulado, pues, algunas orientaciones teóricas las que, a pesar de considerarse en general como marxistas, presentan profundas diferencias entre sí, tanto en la valorización del Derecho como en la articulación de sus problemas internos.

Ahora bien, a pesar de que no falta originalidad en muchos trabajos jurídicos, éstos se inscriben dentro del conjunto de la cultura de nuestro siglo. Y ya vimos que, a pesar de que todas se autodefinen "marxistas", son escuelas sociologistas, psicologistas o normativistas, de acuerdo a las tendencias de Occidente. En el mundo teórico jurídico soviético, tenemos entonces tanto la problemática jurídica moderna, en general, como un campo de experimentación muy distinto, también, por el modo distinto de la organización de la formación social soviética.

A continuación expondremos en líneas generales a los principales filósofos del Derecho soviético, representantes, cada uno de ellos, de una escuela.

⁵ *Idem supra*, p. 45.

⁶ *Idem supra*, p. 47.

1.1 *Petrazhitzky*

Aunque Lev Iosifovich Petrazhitzky (1867-1931) es un filósofo prerrevolucionario, es importante la exposición de su pensamiento por la influencia que tuvo en los teóricos jurídicos marxistas de la Revolución.

Sin ser psicólogo de profesión ni de formación, Petrazhitzky definió su teoría del Derecho como una "teoría psicológica", pues, después de haber incursionado en el derecho civil y en el mercantil, se interesó por las motivaciones de la conducta jurídica y más en general de la conducta humana. Su obra principal es *Teoría del Derecho y el Estado en conexión con la teoría de la moral*.

La conclusión a la que llega la psicología de Petrazhitzky es que "la naturaleza específica de los fenómenos del derecho, de la moral y de la estética y sus diferencias mutuas radican no ya en la esfera intelectual, sino en la esfera emocional impulsiva".⁷ Por tanto, el Derecho, como clase específica de fenómenos reales, comprende aquellos sentimientos éticos cuyas emociones tienen carácter atributivo. Un objeto que poco tiene que ver con lo que se entiende por Derecho, pues no se trata de una norma ni de un derecho subjetivo. "Los hombres atribuyen de hecho, en todo momento, a sí o a otro obligaciones de tipo jurídico y cumplen obligaciones y ejercitan tales derechos no ya porque esté así escrito en el Código Civil, etcétera, sino porque les empuja a ello su conciencia jurídica intuitiva; por lo común, ni siquiera saben que en determinadas situaciones de su vida aplican artículos del Código Civil o de cualquier otro código, no imaginando estar poniendo en práctica esos artículos o esos códigos".⁸ La naturaleza del Derecho excede el llamado "derecho objetivo" y comprende un amplísimo campo en el que se establecen relaciones atributivas (consuetudinarias, sexuales, etcétera) dando vida a una gran variedad de normas y derechos (derecho infantil, derecho del delincuente, derecho del grupo) para los cuales no tiene importancia el reconocimiento o tutela del Estado.

La importancia de la teoría de Petrazhitzky en la Unión Soviética, es la crítica radical del Derecho y de la ciencia jurídica —ya que atacó el normativismo y el institucionalismo—, y bajo este aspecto se presentó a los juristas de la Revolución como una teoría al mismo tiempo antitradicionalista y abierta a las perspectivas de un pluralismo socio-

⁷ Citado por Cerroni, *ob. cit.*, pp. 54 y 55.

⁸ *Idem supra*, p. 55.

lógico, así como la posibilidad de resolver el fenómeno jurídico en el voluntarismo del grupo (derecho intuitivo) y, por lo tanto, en el ámbito de la política.

1.2 *Reisner*

En 1908 Mijajl Andrievich Reisner (1868-?) dedicó a la teoría de Petrazhitzky un ensayo en el que trataba de armonizar el psicologismo social y el marxismo, basándose en la teoría de la ideología. Su punto de partida fue la constatación de que el esfuerzo dirigido a fundamentar en la economía una explicación del fenómeno jurídico había fracasado. De esta constatación Reisner dedujo una conclusión muy singular.

El marxismo —decía—, "que estaba profundamente interesado en la disociación de Estado y Derecho, y cuya tarea primera parece debería ser la de creación de un nuevo Derecho en contraste con la norma estatal oficial, había llegado al acuerdo con los científicos de la política de no confundir Estado y Derecho como fenómenos necesaria e indisolublemente ligados entre sí. Si el Estado es una de las formas de organización de las clases poseedoras —dirigida contra las no poseedoras—, en tal caso el Derecho —como inevitable aliado del Estado— aparece el mismo contaminado por el propósito, y si, en definitiva, el Estado está condenado a desaparecer al igual que los demás atributos del actual Estado de clase, el mismo común destino amenaza al Derecho. Pero de esta forma el Derecho es completamente identificado con el derecho civil y penal contemporáneo, dirigido a proteger a la clase capitalista mediante la coacción, no pudiéndose hablar de ningún otro Derecho de las masas populares que tenga existencia fuera del Estado".⁹ "Por tanto —escribe el propio Umberto Cerroni—, de la constatación del fracaso de la separación entre Estado y Derecho mediante el recurso al economicismo, Reisner deduce que, para obtenerla, era preciso recorrer otro camino: configurar el Derecho como un momento de la psicología social, como un fenómeno extra-normativo. De este modo, a su juicio, se podía contraponer al Derecho 'oficial' otro Derecho latente en la psicología de las masas, un 'derecho revolucionario'".¹⁰

La negativa de Reisner de configurar el Derecho como Derecho positivo, abre el camino, según Cerroni, a la resurrección del Derecho natural.

⁹ Citado por Cerroni, *ob. cit.*, pp. 59 y 60.

¹⁰ Cerroni, Umberto, *ob. cit.*, p. 60.

En 1912 Reisner definió el Derecho así: "una ideología que se apoya, dentro de nuestra conciencia, fundamentalmente sobre el concepto de verdad, justicia e igualdad en la distribución y en la igualación de los hombres y de las cosas". Como se aprecia existe una determinación económica en el concepto de justicia.

Reisner pasó, en 1918, a hablar de diferentes tipos de "Derecho de clase", cayendo en el relativismo: "lo que desde un punto de vista es justo desde otro puede ser injusto". Esto lo hará afirmar que "el Derecho se desarrolla en distintos sistemas ideológicos de grupos de clase",¹¹ Reisner rechaza, pues, las conexiones Derecho-Estado (Derecho-autoridad) y Derecho-Economía —es decir no entra a explicar las categorías jurídicas como funciones de las categorías económicas—. Reduce el Derecho a la ideología; a la ideología de clase. Por esto se habla del "psicologismo de clase" de Reisner.

1.3 Stuchka

Pëtr Ivanovich Stuchka (1865-1932), inteligente jurista y político, es justo con Pashukanis el único jurista soviético de los años veinte que intenta construir, desde posiciones inspiradas en el marxismo, una teoría general del Derecho de carácter orgánico, sistematizada en un cuerpo de doctrina articulado.

La definición del Derecho que propone es, en esencia, la formulada en 1919: "El Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales que corresponden a los intereses de la clase dominante y que está tutelado por la fuerza organizada en esta clase".¹²

En efecto, en 1921 Stuchka publica su obra principal, y en ella explica que "el Derecho es un determinado orden, un determinado sistema de relaciones sociales o de relaciones mutuas entre los hombres, y no solamente un conjunto de artículos que regulan esas relaciones o una institución jurídica formalmente definida". Y agrega: "El segundo elemento característico del Derecho consiste en ser garantizado por la clase dominante por medio de un poder organizado (normalmente el Estado), cuyo objetivo principal, ya que no el único, es tutelar este ordenamiento por corresponder a los intereses (o mejor, para garantizar los intereses) de la clase dominante misma".¹³

¹¹ Citado por Cerroni, *ob. cit.*, p. 61.

¹² Citado por Cerroni, *Idem supra*, p. 67.

¹³ Stuchka, P. I., *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Ed. Península, Barcelona, 1974, pp. 39 y 40.

En Stuchka tiene gran importancia la teoría de la "conciencia jurídica de clase". Para el autor de Letonia el Derecho no es sólo voluntad normativa del Estado, no se agota en el "Derecho oficial" positivo. El dinamismo del Derecho encuentra su raíz y explicación en el dinamismo de las relaciones sociales, lo que hace que concluya razonando que frente al Derecho positivo se organiza una "revolucionaria y negativa" conciencia jurídica de la clase oprimida. Este Derecho latente en la conciencia jurídica de la clase oprimida se "positiviza" al conquistar esta clase el poder del Estado.

El sistema propuesto por Stuchka, en conjunto, resulta de una estratificación de las relaciones economía-ley-ideología que se apoya en tres pilares correlativos: relaciones de producción, poder estatal, conciencia de clase.

A juicio de Cerroni, el pensamiento jurídico de Stuchka, más que una teoría materialista, es una teoría pragmática que favorece la lucha de los oprimidos. También considera que el análisis del jurista soviético se encuentra limitado por el solo análisis del Derecho privado, y en consecuencia se deriva lo siguiente: 1o. "la casi integral sustitución de la problemática de la libertad política por la de la libertad económica-social"; 2o. porque reduce el problema del Estado al problema de la voluntad política, dejando de lado los hechos institucionales que lo estructuran (Derecho constitucional); 3o. se perfila ya en Stuchka una oposición entre norma jurídica (legalidad jurídica) y voluntad jurídica (praxis revolucionaria).¹⁴

1.4 Pashukanis

La teoría de Eugenü Bronislavovich Pashukanis (1891-1937?) es el punto más elevado del conocimiento teórico alcanzado por el pensamiento jurídico soviético. Es, en palabras de Hernández Gil, "la elaboración más cuidada y sincera de una teoría general del Derecho desde el punto de vista marxista".¹⁵

En su obra principal plantea todos los grandes problemas teóricos que se presentan en relación con la teoría del Derecho de la nueva sociedad. Como Stuchka se acerca al fenómeno jurídico buscando su causa la que encuentra en la relación mercantil; además, considera el fenómeno jurídico como fundamento de la específica ideología jurídica propia del mundo entero.

¹⁴ Cerroni, Umberto, *ob. cit.*, pp. 72, 74 y 75.

¹⁵ Hernández Gil, Antonio, *Marxismo y positivismo lógico. Sus dimensiones jurídicas*, Madrid, 1970, p. 44.

Define Pashukanis la teoría general del Derecho, como el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, los más abstractos.

Se aparta del psicologismo de Reisner, y, como vimos, se acerca a Stuchka, que plantea el fenómeno jurídico en el terreno objetivo, como un problema de las relaciones sociales. Sin embargo, considera que Stuchka deja sin resolver qué tipo específico de relación social es el Derecho.

Para Pashukanis el Derecho es una relación social específica y su especificidad consiste en ser la relación de los propietarios de mercancías entre sí; es el conjunto de relaciones de poseedores de mercancías en una sociedad productora de las mismas.

Para Pashukanis existe una estrecha conexión entre la relación jurídica y la relación económica de intercambio de mercancías. Llega a esta conclusión en virtud de que no usa el marxismo aplicándolo de manera directa y general para conocer el Derecho, sino que adopta respecto de éste una actitud paralela a la observada por el propio Marx respecto de la economía.

"De igual manera que Marx toma en consideración los conceptos básicos de la economía clásica —valor, mercancía, etcétera— para, tras su análisis crítico, desembocar en la economía marxista, así también Pashukanis parte de los conceptos jurídicos clásicos —regla del derecho, sujeto, acto, etcétera— para desembocar en una teoría general del Derecho marxista. No desprecia los conceptos en su enunciación formal ni desconoce los problemas que plantean. Lo que hace es no detenerse ahí, sino descender a la estructura histórico-económica de los conceptos para poner de relieve, de un lado, cómo la reflejan efectivamente, y de otro, cómo parecen disimularla mediante el expediente de la abstracción".¹⁶

En el párrafo nuclear de su obra cumbre Pashukanis expresa:

"Las relaciones de los hombres en el proceso de producción también revisten una forma doblemente enigmática en un cierto estadio de desarrollo. Por una parte, aparecen como relaciones entre cosas (mercancías), y por la otra, como relaciones de voluntad entre unidades independientes unas de otras, iguales entre sí: como relaciones entre sujetos jurídicos. Al lado de la propiedad mística del valor, surge un fenómeno no menos enigmático: el derecho. Al mismo tiempo la relación unitaria y total reviste dos aspectos abstractos y fundamentales: un aspecto económico y un aspecto jurídico. En el desarrollo de las categorías jurídicas la capacidad de realizar actos de intercambio no

¹⁶ *Idem supra*, p. 45.

es sino una de las diversas manifestaciones concretas de la propiedad general, de la capacidad jurídica y de la capacidad de actuar. Sin embargo, históricamente el acto de intercambio hizo madurar precisamente la idea de sujeto, como portador de todas las pretensiones jurídicas posibles. Solamente en la economía mercantil nace la forma jurídica abstracta; en otras palabras, sólo ahí la capacidad general de tener derechos se separa de las pretensiones jurídicas concretas. Sólo la transferencia continua de derechos que tiene lugar en el mercado crea la idea de un portador inmutable de esos derechos. En el mercado, quien obliga a alguien también se obliga simultáneamente. En todo momento pasa de la situación de parte pretendiente a la situación de parte obligada. Así se crea la posibilidad de hacer abstracción de las diferencias concretas entre los sujetos jurídicos y de reunir a éstos bajo un solo concepto genérico".¹⁷

Empero, Pashukanis no llega tampoco a elaborar una doctrina del Estado distinta de la de Stuchka. Sigue considerando al Estado como un conjunto de instrumentos de la clase dominante y a la norma como un mandato del Estado que garantiza esa dominación. En otras palabras, hace un desarrollo economicista del fenómeno jurídico muy importante, pero no desarrolla lo relativo al Derecho público ni la problemática normativa en sí. Aunque ha visto que la relación económica no está constituida por normas, no ha visto que la propia situación económica postula las normas jurídicas.

1.5 Vyshinski

Andreü Yanuarevich Vyshinski (1883-1954) ocupa en la historia del pensamiento jurídico soviético un puesto de primera magnitud: ha sido el teórico político-jurídico de la época de Stalin —la figura jurídica más representativa de esa época—, el que dirigió las batallas contra las escuelas de Reisner, Stuchka y Pashukanis, y, además, ha influido profundamente en la legislación y jurisprudencia de la URSS, dirigiendo la obra de represión contra los principales exponentes de la oposición teórica y política.

El punto de partida de Vyshinski es la total aceptación de la versión staliniana del "materialismo dialéctico e histórico". La doctrina dogmática del marxismo.

¹⁷ Pashukanis, E. B., *La teoría general del Derecho y el marxismo*, Ed. Grijalvo, México, 1976, p. 114.

Vyshinski sostiene que no ha existido un estudio científico del Derecho. Ataca a Reisner, Stuchka y Pashukanis como negadores del carácter normativo y estatal del Derecho, deduciendo de esta crítica teórica una acusación política de traición al poder soviético, cuyo ordenamiento normativo representa la "voluntad de la clase obrera traducida en ley" y es, en consecuencia, una unión orgánica de reglas de conducta destinadas a la construcción de la "nueva sociedad".

Frente a los postulados de Reisner, Stuchka y Pashukanis, Vyshinski sostiene que "es necesario utilizar el Derecho como uno de los medios de lucha por el socialismo, como uno de los medios para transformar la sociedad humana sobre bases socialistas", ya que "el Derecho soviético es el Derecho de un Estado socialista de los obreros y de los campesinos, un Derecho socialista al servicio de la lucha contra los enemigos del socialismo y de la causa de la construcción de la sociedad socialista".¹⁸

Vyshinski propone la siguiente definición del Derecho:

"El Derecho es un conjunto de reglas de la conducta humana establecidas por el poder estatal en cuanto poder de la clase que domina la sociedad, así como de las costumbres y de las reglas de convivencia sancionadas por el poder del Estado y aplicadas coercitivamente con la ayuda del aparato estatal, con el fin de tutelar, consolidar y desarrollar las relaciones y el ordenamiento ventajosos y favorables a la clase dominante".¹⁹

De este concepto del Derecho se derivan ciertos criterios iderogables del ordenamiento jurídico soviético: 1. Estatalidad de la ley; 2. Conexión entre derecho y deberes subordinada a la construcción de la nueva sociedad; y 3. Coordinación entre Derecho y política.

Vyshinski reafirma la normatividad, la positividad y la estatalidad del Derecho, contra el sociologismo jurídico. En éste juega un doble rol teórico-político. Por un lado rechaza la reducción del Derecho a la economía y a la política, reivindicando la especificidad normativa del Derecho, pareciendo fundar en el concepto de norma el sistema jurídico. Pero, por otro lado, rechaza el normativismo utilizando argumentos sociológicos, no concibiendo la norma como reguladora de las relaciones sociales sino como un acto de voluntad del Estado entendido como fuerza subjetiva o política.

Como bien nos indica Hernández Gil, todo depende, en última instancia, de la clase dominante que ejerza el poder del Estado. "La base

¹⁸ Citado por Cerroni, *ob. cit.*, pp. 92 y 93.

¹⁹ *Idem supra*. p. 93.

de sustentación del concepto de derecho proletario no descansa entonces en algo que concierna a la especificidad jurídica, sino que pertenece al campo de la acción política. . . Antes que una teoría marxista es una teoría soviética".²⁰

Por otro lado, pero siguiendo la misma línea de reflexión, se hace necesaria la siguiente grande cita de la obra de Cerroni: "Se comprende que con este procedimiento la utilización de las técnicas jurídicas se convierta, precisamente, en una mera utilización instrumental que encuentra su razón de ser no ya en la norma y en la lógica del ordenamiento, sino en la voluntad política que lo sostiene. Mientras, por un lado, la norma jurídica pierde su conexión orgánica con las relaciones económicas de la que es expresión, el hecho de que venga presentada como el 'regulador' de esas mismas relaciones abre la puerta a una regulación voluntarista y autoritaria todavía mayor que la denunciada en el normativismo. La política se configura como el elemento en el que se resuelven todas las mediaciones: el hecho de que venga interpretada como voluntad de una clase significa esencialmente que la interpretación política de la ley ocupa un puesto privilegiado y que, en última instancia, la ley debe modelarse también en su ejecución y aplicación a las exigencias de la política tal como vienen entendidas por la voluntad del órgano político. En este punto se entrevé ya el significado que asume la afirmada coordinación entre los derechos y los deberes: se observa claramente una subordinación de los derechos a los deberes conforme a la idea de que el fundamento originario del ordenamiento viene dado en realidad por la decisión política y que, por tanto, el problema real del ordenamiento jurídico es el de garantizar su ejecución. De aquí deriva una acentuación del elemento de la subordinación del ciudadano al Estado y del elemento coactivo en la estructura del Derecho".²¹

La colectivización del socialismo soviético tiene pues, en lo que concierne a las teorías del Derecho y del Estado, su mejor explicación en la doctrina de Vyshinski, que es el creador de la legalidad soviética plasmada durante el stalinismo y vigente aun hoy en sus aspectos esenciales y definitorios.

1.6 Después de Vyshinsky

En el periodo llamado de "desestalinización" en la Unión Soviética, se han rehabilitado a Stuchka y a Pashukanis, pero no se ha profundi-

²⁰ Hernández Gil, Antonio, *ob. cit.*, p. 55.

²¹ Cerroni, Umberto, *ob. cit.*, pp. 97 y 98.

zado en su aportación teórica. Ha existido más bien la preocupación por la elaboración de manuales sobre conceptos básicos de la "teoría oficial" del Derecho y el Estado.

Así tenemos el de Alexandrov, que es una repetición de *dogmas* del corte del "marxismo-leninismo" estaliniano. Esos dogmas están elaborados con citas aisladas de Marx, Engels y Lenin, sobre Estado y Derecho; y con la huella del "normativismo político" de Vyshinsky.

Para explicar los fenómenos del Estado y del Derecho se plantean la siguiente interrogación: ¿Cómo es posible que la clase de los explotadores mucho más reducida numéricamente, domine la clase, mucho más amplia, de los explotados? El fundamento de este dominio lo constituye la propiedad privada de los medios de producción —contestan—. Pero el solo poderío económico no basta; es necesario, además, el aparato coactivo directo. Como tal sirve el Estado con su fuerza armada, tribunales, cárceles, etcétera, y el Derecho. Estado y Derecho son así instrumentos de dominación de la clase dominante.

Alexandrov nos dice que "a diferencia de la economía política, que estudia las relaciones de producción de los hombres, la teoría del Estado y del Derecho es la ciencia que trata de las formas estatales y jurídicas de la vida social". Y añade: "El marxismo-leninismo enseña que las relaciones de producción que imperan en la sociedad integran su base, la cual *determina* el carácter de las ideas e instituciones que predominan en la sociedad y que forman la superestructura política e ideológica. Por eso, en la sociedad en que impera la propiedad privada sobre los medios de producción prevalecen los puntos de vista de las clases explotadoras que de uno u otro modo 'justifican' y 'fundamentan' la opresión, mientras que las instituciones políticas, jurídicas, etcétera, sirven para esclavizar a los trabajadores".²²

Según esta postura el Estado y el Derecho son partes esenciales de la superestructura que se erige sobre las relaciones de producción de la sociedad dividida en clases. Estado y Derecho constituyen así un instrumento de dominación de la clase dominante. "Cualquier Estado es, ante todo, la organización política de la clase dominante que garantiza sus intereses de clase, mientras que todo Derecho representa en sí la voluntad de esta clase 'erigida en ley' y determinada por las condiciones de la existencia material de la clase dada".²³ Estado y Derecho se encuentran interconectados con el régimen económico, pues son "defensores" de los intereses económicos de la clase dominante.

²² Alexandrov, N. G. y otros, *Teoría del Estado y del Derecho*, Ed. Grijalvo, México, 1966, pp. 3 y 4.

²³ *Idem supra*, p. 4.

Afirman: "La teoría marxista-leninista del Estado y el Derecho es la *única verdaderamente científica*".²⁴ Esto en virtud de que se opone a todas las teorías idealistas que, en interés de la minoría explotadora, ocultan la esencia de clase del Estado y el Derecho.

Estos teóricos —los únicos "verdaderamente científicos"— terminan diciendo que el Estado y el Derecho son distintos en el socialismo que en las sociedades burguesas. Y que, en la sociedad comunista, desaparecerán.

II. TEORÍAS MARXISTAS DEL DERECHO EN OCCIDENTE

Pasamos ahora a esbozar algunos pensamientos marxistas respecto del Derecho elaborados en el Occidente europeo. Se trata de teorías que se apartan del dogmatismo oficial soviético. El marxismo frente al fenómeno jurídico no sólo es Vyshinsky y su doctrina de Estado, ni Alexandrov y su análisis simplista, es un desarrollo mucho más rico.

Comencemos por el propio Marx —europeo occidental al fin y al cabo—, en sus reflexiones jurídicas plasmadas en la *Crítica del Programa de Gotha*.

2.1 La justicia en Marx

Ya dijimos que Karl Marx trató las cuestiones jurídicas sólo de manera esporádica y marginal, no llegando a elaborar, por lo tanto, una teoría sistemática acerca del Derecho. Pues bien, entre los pasajes jurídicos de las obras de Marx es de excepcional interés las ideas que vierte en torno a la justicia y su relación con el Derecho en su pequeña obra de la *Crítica del Programa de Gotha*.

Marx, teniendo en cuenta el concepto tradicional de justicia, considera que dar a cada cual lo que se le debe, recompensar a cada cual según sus méritos, sin someter a una crítica previa, radical y decisiva las condiciones sociales que han permitido esas "partes" y a esos "méritos formarse y llegar a nacer, implica reconocer el estado de cosas existente, aprobar cualquier Derecho y cualquier orden social.

"¿Qué es 'reparto equitativo'? ¿No afirman los burgueses que el reparto actual es 'equitativo'? ¿Y no es éste, en efecto, el único reparto 'equitativo' que cabe, sobre la base del modo actual de producción? ¿Acaso las relaciones económicas son reguladas por los conceptos jurí-

²⁴ *Idem supra*, p. 9.

dicos? ¿No surgen, por el contrario, las relaciones jurídicas de las relaciones económicas"?²⁵

Para Marx una igualdad en la desigualdad, no puede ser más que una igualdad formal y, por ende, vacía de sentido, "por ser una igualdad material en una desigualdad material una contradicción irreductible: se destruye por sí misma".²⁶

Por lo tanto, según Marx todo Derecho es desigual por definición, y la justicia, que se analiza en términos de igualdad, es absolutamente ajena a la noción de Derecho.

Para Marx el problema de la transformación de la sociedad, con miras a su humanización, no está, como para otros socialistas, en el modo de reparto de los bienes económicos, sino en el modo de su producción, porque es éste el que determina a aquél y no a la inversa. "La distribución de los medios de consumo es, en todo momento, un corolario de la distribución de las propias condiciones de producción. Y esta distribución es una característica del modo mismo de producción. Por ejemplo, el modo capitalista de producción descansa en el hecho de que las condiciones materiales de producción les son adjudicadas a las que no trabajan bajo la forma de propiedad del capital y propiedad del suelo, mientras la masa sólo es propietaria de la condición personal de producción, la fuerza de trabajo. Distribuidos de este modo los elementos de producción, la actual distribución de los medios de consumo es una consecuencia natural. Si las condiciones materiales de producción fuesen propiedad colectiva de los propios obreros, esto determinaría, por sí solo, una distribución de los medios de consumo distinta de la actual".²⁷

Según Marx, del modo de producción capitalista deberá pasarse al socialista, que constituye una fase anterior a la sociedad comunista perfecta. En la fase del socialismo existirá colectivización de los medios de producción, pero aun el reparto será "a cada quien según sus méritos". Todavía, en esta fase socialista, el Derecho sigue existiendo y, por lo tanto, el reparto es desigual.

"Por eso, el *derecho igual* sigue siendo aquí, en principio el *derecho burgués*. . . este *derecho igual* sigue llevando implícita una limitación burguesa. El derecho de los productores es *proporcional* al trabajo que han rendido; la igualdad, aquí, consiste en que se mide por el *mismo*

²⁵ Marx, *Crítica del Programa de Gotha*, Ed. Progreso, Moscú, 1975, p. 14.

²⁶ Stoyanovich, Konstantin, *El pensamiento marxista y el Derecho*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1977, p. 129.

²⁷ Marx, *Crítica del Programa de Gotha*, ob. cit., p. 19.

rasero: por el trabajo. Pero unos individuos son superiores física o intelectualmente a otros y rinden, pues, en el mismo tiempo, más trabajo, o pueden trabajar más tiempo. . . Este derecho *igual* es un derecho igual para trabajo desigual. . . *En el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad*. . . Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual sino desigual".²⁸

La cosa será distinta en la sociedad comunista. En ella el Derecho desaparecerá, y será la justicia la que tenga vigencia.

"En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y, con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: "De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades!"²⁹ Esta última frase sintetiza la idea de justicia de Marx, la cual ya no va ligada al Derecho.

2.2 Una crítica materialista de la categoría jurídica, según Cerroni

Umberto Cerroni en su ensayo *Conocimiento Científico y Derecho*, empieza diciéndonos que en la cima de la problemática del Derecho se encuentra una cuestión teórica decisiva, esto es, la necesidad de distinguir entre ciencia jurídica y filosofía del Derecho. A continuación expone el pensamiento de Kant y Hegel, los dos grandes teóricos de la "tradición del idealismo moderno", pero en opinión de Cerroni ninguno de los dos resuelve acertadamente la cuestión. "Defienden con todo vigor la necesidad de separar el Derecho de la moral, para capitular de inmediato ante la supremacía de la ética, mientras que la ciencia jurídica, que indudablemente esperaba obtener su legitimidad teórica de dicha separación, deja de ser una ciencia frente a la *scientia altior* que es la filosofía. Parece que en esta ambigua situación teórica el Derecho escapa tanto al jurista como al filósofo. El primero, una vez alcance la raíz de sus problemas, deberá confesar que 'siempre en todo caso se llegará a un punto en que se hace imposible ofrecer una explicación *jurídica* del carácter obligatorio del Derecho mismo'. El

²⁸ *Idem supra*, pp. 17 y 18.

²⁹ *Idem supra*, p. 18.

segundo por su parte, constatará que 'para asumir carácter filosófico (el Derecho) deberá perder su carácter de Derecho'. El carácter del científico sólo podrá considerarse 'científico' desde un punto de vista convencional, mientras que el del filósofo incidirá sobre el fenómeno positivo sólo en la medida que pierda su positividad".³⁰

Según Cerroni, en el caso de la llamada "Ciencia del Derecho", no se ha precisado la naturaleza del objeto de la misma, y por lo tanto, en estricto sentido, no puede hablarse auténticamente que se trate de una ciencia.

Cerroni desacredita también los intentos de abordar el estudio del Derecho desde ópticas distintas, coordinándose esas diversas perspectivas, dando así con el conocimiento científico del derecho, tal como la presentan las corrientes tripartitas, esto es, de una investigación lógica o crítica, una investigación histórica o fenomenológica y una investigación deontológica o valorativa. Según Cerroni en la tripartición del conocimiento del Derecho vuelve a ser predominante el filosófico o deontológico y por lo tanto no se da el conocimiento del Derecho como ciencia desligada del pensar filosófico.

Para nuestro autor es necesario abandonar el terreno tradicional de la especulación sobre lo que convencionalmente se ha tenido como "Derecho" considerado como categoría-clave para comprender todos y cada uno de los sistemas jurídicos. Se trata, en cambio —nos dice— "de centrar los análisis en el sistema jurídico presente, en el conjunto de *normas establecidas* y de categorías lógicas, con objeto de buscar a un mismo tiempo las razones de su *contemporaneidad* (y por tanto de su unidad estructural y sistemática) y de su conservencialidad con respecto al sistema jurídico precedente". Y agrega: "para el estudioso del Derecho que quiera convertirse en científico del Derecho no podrá existir de otra forma que como conjunto de diferentes Derechos concretos... El único nivel de abstracción lícito parece ser el de la configuración de los diferentes Derechos positivos como conjuntos o estructuras formales de regulación de la conducta humana rigurosamente condicionados por la vigencia *histórica*. Es en este plano en donde se manifiesta en toda su extensión el problema específico del Derecho: explicar una estructura formal-histórica (en el sentido ya precisado), un sistema de valores (normas) substancialmente institucionales. Así es precisamente como la investigación puede avanzar y adentrarse en un

³⁰ Cerroni, Umberto, "Conocimiento Científico y Derecho" en *Introducción a la Ciencia de la Sociedad*, Ed. Crítica, Gpo. Ed. Grijalvo, Barcelona, 1978, pp. 97 y 98.

terreno irreductible a los valores puros".³¹ Así es como se logrará, según Cerroni, un conocimiento del Derecho "emancipado" tanto de la filosofía como de cualquier otro tutelaje.

Se trata de defender la autonomía de lo jurídico pero no en su carácter meramente normativo, sino frente a la tradición metafísica, por lo que es necesario el estudio del carácter histórico del Derecho.

Pasa después Cerroni al estudio de la concepción "clasista" del Derecho. No está de acuerdo con las clásicas tesis marxistas al respecto, que consideran el carácter clasista del Derecho como axioma, ya sea como parte de la "voluntad de la clase dominante" cayéndose en el voluntarismo jurídico, o en reducción del fenómeno jurídico a las instituciones económicas, empobreciéndolo.

Plantea el estudio del "clasismo" del Derecho de manera distinta y como un fenómeno más complejo. Según Cerroni es necesario "mostrar" que también existe "clasismo" allí donde ninguna ventaja viene sancionada por la desigualdad de condiciones. Dicho en otros términos, sería oportuno y necesario reflexionar sobre la afirmación marxiana de que el Derecho es el tratamiento igual de condiciones desiguales. En tal caso nos percataremos inmediatamente de que el Derecho "clasista" del que estamos hablando es ante todo un *Derecho formal* y, en segundo lugar, un tratamiento formal no privilegiado de condiciones individuales desiguales, posible sólo cuando todas las condiciones subjetivas han pasado a ser "individuales", se han "atomizado".³²

Después Cerroni se pregunta acerca del llamado "uso alternativo del Derecho", dentro de una estructura clasista, y propone como punto de partida la crítica del estado y del Derecho. Asimismo, afirma que los ejes principales de toda construcción alternativa del Derecho son la socialización de la propiedad privada y la socialización del poder.

Cerroni se manifiesta en favor de lo que llama "una crítica materialista de la categoría jurídica". Sostiene que una crítica teórica de la categoría jurídica debe convertirse en una crítica práctica de la estructura social existente. De tal manera que "la primera propuesta teórica general para una crítica materialista del Derecho es interconectar los dos niveles del Derecho y de la sociedad reconociendo que la distinción-separación a la que hemos aludido es en sí misma el resultado característico del proceso de formación y funcionamiento de la moderna sociedad burguesa: una *sociedad disociada* de sujetos atomizados en la actividad productiva y obligados a reconstruir la organicidad del

³¹ *Idem supra*. p. 134.

³² *Idem supra*. p. 146.

(necesario) recambio social consciente a través de infinitos actos de voluntad en los que toma cuerpo el intercambio de sus productos. . . La segunda propuesta, analítica ésta, por una crítica materialista del Derecho es la necesidad de disponer de una interpretación articulada de conjunto sobre el nexo economía-Derecho como función del carácter 'disperso' de aquella, en tanto que economía cimentada sobre la propiedad privada y consecuentemente en la separación entre modos de intercambio y modos de producción. Se detecta de forma particular la necesidad de mantener una visión integrada de la relación global sociedad-Estado, o si se quiere de la relación global base-superestructura, una vez definida como relación histórica capitalista-burguesa. Tal enfoque comporta, por lo tanto, la *imposibilidad* de una ciencia jurídica separada y autónoma, o ciencia del Derecho-norma, y la *necesidad* de una del Derecho norma —institución integrada en una ciencia social global y construida en base a categorías funcionales".³³

En opinión de Cerroni un itinerario científico en los términos arriba anotados nos llevará realmente a un conocimiento del fenómeno jurídico tal como se presenta en las sociedades históricas concretas, y nos permitirá alejarnos de la pura tautología formalista o una continua petición de principio que es lo que ha caracterizado a la llamada "ciencia" del Derecho.

En la propia línea metodológica propuesta por Cerroni, Martín Díaz Díaz nos habla de la "reconstrucción" del objeto de estudio del Derecho, considerando que tanto el jusnaturalismo como la construcción formalista juspositivista construyen el objeto del estudio del Derecho sobre una base parcial, resultando necesario una "reconstrucción materialista" del objeto de la ciencia jurídica que explique, de manera esencial, "la relación entre el Derecho y la realidad social".³⁴

2.3 La instancia jurídica, según Miaille

Michel Miaille forma parte de un pequeño grupo de juristas "rebeldes" de tradición marxista, agrupados en una asociación llamada "*Critique du Droit*" que publica la revista *Procés*; a su lado están, entre otros, Gleizal, Jeammaud, Dujardin, d'Arcy, Bourjol y de la Pradelle.

De acuerdo con la filosofía marxista de Althusser, Miaille hace su

³³ *Idem Supra*. pp. 155 y 156.

³⁴ Díaz Díaz, Martín, "Notas Críticas para una Reconstrucción del Objeto de Estudio en el Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho No. 6*, primera parte, México, 1982, pp. 277 a 294.

Une Introduction critique au Droit, en la que desacredita tanto al juspositivismo como al jusnaturalismo, así como al marxismo dogmático (economicista y voluntarista), y propone un acercamiento al fenómeno jurídico desde una perspectiva muy interesante.

a) *Sobre la ciencia jurídica*

El profesor de la Facultad de Derecho de Montpellier nos dice que estamos al comienzo de la construcción de la ciencia jurídica. Lo que hace falta a los juristas es distinguir el objeto de la ciencia del objeto real, ya que existe la creencia de que el Derecho como sistema visible de reglas de comportamiento es idéntico al objeto de la ciencia jurídica. Y esto es necesario ponerlo en cuestión. Nos dice que tendríamos una falsa idea de la ciencia física si pensáramos que el objeto de esa ciencia se identifica con los fenómenos naturales de la materia. No se puede identificar objeto de estudio con objeto real.

Por otra parte Miaille considera que el objeto de estudio del jurista es sólo una parte de un objeto mucho más vasto: el estudio de las sociedades y de sus transformaciones en la historia. Con referencia a este objeto es que los juristas debemos situar el nuestro; es en el seno de este estudio que podemos obtener la autonomía de nuestro objeto.

Por esa razón conviene disponer de una teoría de la formación y de las transformaciones sociales en la historia: la de Marx.

Oponiéndose tanto al empirismo (las relaciones jurídicas se entienden por ellas mismas) como al idealismo (las relaciones jurídicas se entienden por la evolución general del espíritu humano), la teoría de Marx permite instituir una verdadera ciencia jurídica.

Sin embargo —acota Miaille— la teoría marxista del Derecho ha sido presentada de manera caricatural. Se le ha reducido a un programa más polémico y político que científico. A la economía se le ha hecho tomar el lugar de Dios, aquella "dirige el movimiento de los pueblos y de la historia tan seguramente como lo hacía la Divina Providencia".³⁵ Es necesario convenir que la complejidad real de la vida social no puede dar nacimiento a una explicación simplista: ésta debe dar cuenta de la complejidad de la realidad, no como el economicismo.

Marx nos proporciona una epistemología para las ciencias sociales y luego una metodología. Este aporte es decisivo por lo que concierne al estudio del Derecho. En efecto, Marx no ha dado una teoría del

³⁵ Miaille, Michel, *Une Introduction Critique au Droit*, Ed. Maspero, Paris, 1977, p. 72.

Derecho explícita y completa. Sin embargo, se ha ocupado muchas veces de problemas jurídicos y nos ha dado la llave de la explicación teórica del conjunto.

b) *El lugar del Derecho como instancia de un complejo dominante*

La novedad del acercamiento de Marx al Derecho no consiste en que lo trate como un fenómeno social. "Lo que Marx aporta de nuevo es que en lugar de dejar esta idea de producción social inerte, sin consecuencia, él integra todos los hechos producidos por la sociedad en una teoría de la producción de la vida social. . . No se trata de contentarse diciendo que el Derecho es siempre ligado a la existencia de la sociedad: una reflexión científica debe ir más allá y decirnos qué tipo de Derecho produce tal tipo de sociedad, porque tal Derecho corresponde a tal sociedad".³⁶

Es lo que Marx propone al establecer: "modo de producción".

"Modo de producción" no tiene aquí la significación unilateral económica que se le da siempre. Es el concepto que designa la manera con la cual una sociedad se organiza para producir la vida social.

Miaille considera que el texto de Marx que da las "llaves" de la comprensión de lo que es el "modo de producción" se encuentra en el célebre prólogo de la *Contribución a la Crítica de la Economía Política*,³⁷ el cual es comentado por el propio Miaille.

El texto se abre con una afirmación fundamental: las relaciones jurídicas no se pueden explicar ni por ellas mismas ni por la mente. Con esta afirmación se escapa del positivismo (el Derecho es el Derecho); y del "idealismo jusnaturalista" (el Derecho es expresión de la justicia).

Es necesario buscar en otra parte las razones de la existencia y desarrollo del Derecho. Ese lugar es el que Marx llama el "modo de producción". Este nos permite conocer la sociedad en su conjunto y al Derecho particularmente. El punto de partida del análisis está en la expresión de Marx: "en la producción social de su existencia. . .".

Marx considera que la vida social, es decir que el conjunto de los fenómenos como instituciones que la concretizan, es el resultado de una producción, misma que no sólo es de cosas materiales, sino también de ideas.

³⁶ *Idem supra*, p. 75.

³⁷ Ed. de Cultura Popular, México, 1974.

La vida social no es dada por la naturaleza, por el ambiente, es construida por los hombres, y construida en la totalidad de sus elementos materiales y espirituales.

Para producir, los hombres entran en relación unos con otros, así como para establecer su acción sobre la naturaleza; y lo hacen de una manera organizada. Ahora, aunque creadas por los hombres esas relaciones llegan a ser exteriores a ellos; independientes de su voluntad, se le imponen al hombre en cierta medida.

La producción de la vida social no se da al azar, se da en el seno y por medio de estructuras.

El conjunto de las relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad sobre la cual se eleva una superestructura política y jurídica a la cual corresponden formas de conciencia social determinadas.

Las relaciones de producción constituyen una estructura global de la vida social en el seno de la cual podemos intelectualmente discernir una base material y expresiones jurídicas, políticas e ideológicas.

Marx, entonces, no sólo dice que la sociedad es un todo. Nos dibuja la organización interna, la lógica de funcionamiento, y propone una idea de causalidad que no tiene nada que ver con la simplicidad de las causalidades economicistas. "Modo de producción de la vida social", constituye, según Miaille, una proposición científica de análisis social.

c) *Las instancias sociales: base y superestructura*

La vida social se presenta a nosotros de una manera muy compleja. Nuestras relaciones son siempre multiformes. Así como son complejas las relaciones sociales, Marx no puede contentarse indicándonos que la sociedad es un todo: añade que ese todo es estructurado. Utiliza una metáfora: base y superestructura. Es decir dos elementos esenciales de la estructura global.

Es posible individualizar tres niveles de nuestra estructura:

- 1) El nivel económico que constituye la base;
- 2) El nivel jurídico-político;
- 3) El nivel de formas de conciencia sociales, el de representaciones, llamado ideológico.

Tenemos así las tres instancias en el seno de un modo de producción. A título de hipótesis de trabajo, no de dogma, dice Miaille.

Declarar que la vida social que producimos puede ser diferenciada según tres niveles, no es en efecto una decisión arbitraria. Estos existen de alguna manera. Ahora bien, estas instancias no se comportan del mismo modo, no actúan de la misma forma en el seno del todo social. Es aquí que reside la noción de *autonomía*.

Cada instancia posee una cierta autonomía, ya que participa en el funcionamiento global con su propia lógica, con sus propios mecanismos y sus propias instituciones. Esta autonomía no es una proposición gratuita: nos invita a justificar los estudios distintos de los diferentes niveles y podemos captar la actividad social.

El objeto de la reflexión de Marx consiste en investigar por medio de la diferencia entre instancias como se realiza la unidad de un modo de producción.

d) *El determinismo social: una causalidad estructural*

Conviene saber exactamente según qué lógica funciona el modo de producción y la parte que cada una de esas instancias toma en ese funcionamiento. Antes de exponer esto, Miaille presenta las que llama "caricaturas" del pensamiento de Marx: el economicismo y el voluntarismo; el primero privilegia la base y el segundo la superestructura. Así, según la corriente economicista, el modo de producción de la vida material determina el proceso de vida social, política e intelectual en general; el único nivel real de la vida social es el nivel material, identificado al nivel económico. Es el único explicativo. El voluntarismo, por el contrario, privilegia la política, considerando el Derecho como la "voluntad de la clase dominante".

Según Miaille, tanto el economicismo como el voluntarismo, hacen que el conocimiento de la instancia jurídica pierda el lugar que debe ocupar en el seno de la teoría de la historia. Se debe pasar de una concepción simple de la causalidad o de un determinismo, a una definición más compleja. A una *causalidad estructural*.

Marx demuestra los mecanismos sociales desde una perspectiva estructural, pero precisando que en *última instancia* es el nivel económico el explicativo. Esta causalidad en última instancia no es economicista. Tampoco es decisión arbitraria. Marx declara únicamente que en *última instancia* el determinismo social es explicable por la producción material.

En efecto, las estructuras políticas, sociales, intelectuales, no son nunca escogidas al azar: las sociedades no se dotan gratuitamente de un régimen jurídico o político o de una filosofía. Estas superestructuras

están en relación más o menos estrecha con los problemas de existencia y de desarrollo reencontrados por la sociedad frente a la naturaleza.

Cuando decimos que los hombres se organizan económicamente, hay que añadir de inmediato, en el mismo momento, los hombres se organizan política, social e intelectualmente.

"La conclusión que podemos sacar es la siguiente —escribe Miaille—: el conjunto de la producción de la vida social está ligada a la producción material, porque el conjunto de la producción de la vida social se encuentra presente de una cierta manera en la organización de la producción material. . . pero, si esta producción material es directamente determinada por la naturaleza, los otros niveles de la vida social no lo son jamás directamente, sino únicamente en última instancia".³⁸

De una instancia a la otra existen determinismos particulares y complejos, pero esas determinaciones son en última instancia, bajo la autoridad de la producción material de la vida social. Esta explicación deja a salvo la autonomía de las diferentes instancias.

e) *La instancia jurídica*

Ya que hubo un cambio en la teoría del conocimiento (epistemología) —escribe Miaille—, debe existir un cambio también en el vocabulario. Ya no se hablará más de Derecho en el sentido general de un sistema de reglas, sino de una *instancia jurídica*.

Miaille trata de mostrar que el Derecho, como un sistema de reglas, no tiene ni en su existencia ni en su funcionamiento, ni en la ideología que lo suscita, el mismo sentido en una sociedad feudal que en una sociedad capitalista, por ejemplo. Es incorrecto —añade— no tomar en cuenta esas diferencias. El concepto de *instancia jurídica* da cuenta de esa necesidad de establecer diferencias.

El término mismo —*instancia jurídica*— indica que se trata de una parte de un todo y que entonces tiene valor o comprensión únicamente en relación a ese todo; pero, sin embargo, significa que ese todo, siendo uno de los modos de producción teóricamente definidos, da a esta instancia un lugar, una función, una eficacia particulares.

Después de hacer una crítica a la definición del Derecho por el concepto "sanción" como esencial, propone una definición de la *instancia jurídica* (más precisamente de la región jurídica de la instancia político-jurídica): "un sistema de comunicación formulado en términos de

³⁸ Miaille, Michel, *ob. cit.*, p. 92.

normas para permitir la realización de un sistema determinado de producción y de intercambios económicos y sociales".³⁹

Esta *instancia jurídica* es compleja. Miaille propone su articulación en tres niveles: ideológico, institucional y práctico, y el conjunto constituyendo un sistema de comunicación. El nivel ideológico está constituido por representaciones conceptuales; el institucional, por técnicas y métodos; y el práctico, por las propias prácticas sociales.

f) La forma-Estado

Miaille se ha apartado en los últimos años de la corriente althusseriana que siguió en su obra citada. Y ha reflexionado el Estado desde la idea de "forma", la *forma-Estado*, tratando de superar así los problemas teóricos planteados por el binomio estructura-superestructura. Escribe: "La hipótesis que plantea el marxismo es una causalidad estructural en la que la economía desempeña el papel determinante, mas no necesariamente dominante. Pero esta formulación, que he retomado en mi obra, peca todavía por el corte que instaura entre las distintas 'instancias' de la vida social, corte heredado del althusserianismo. En este terreno es preciso volver a los textos de Marx consagrados a los análisis históricos de la Francia de 1848-1850 (*Las luchas de clases en Francia. El 18 Brumario*) o de 1871 (*La guerra civil*): en estos trabajos no aparece en lo más mínimo la separación de los niveles, ni la división de las instancias; muy por el contrario constituyen una notable síntesis".⁴⁰ Considera que la separación de los niveles y la división de las instancias tiene sólo un valor pedagógico.

Para Miaille el *Estado* es la *forma* dada a la dominación burguesa. Inspirado en un texto de Marx de *La ideología alemana*, concluye que el *Estado* es la *forma* que resume toda la sociedad civil.

"En este sentido, 'cada instancia', en vez de limitarse a un 'sector' de la vida social, la abarca en su conjunto, la expresa totalmente como una síntesis realizada desde cierto punto de vista. Ello explicaría por qué la exigencia de un saber unificado, lejos de destruir la especificidad de los 'puntos de vista' que pueden adoptarse para analizar la sociedad, implica muy por el contrario, que a través de cada uno de ellos, sea *toda la sociedad* la que estudia. En tales condiciones, el derecho político no nos habla solamente de la constitución, de la separación de

³⁹ *Idem supra.*, p. 109.

⁴⁰ Miaille, Michel, *El Estado del Derecho*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, impreso en Cd. de México, 1985, p. 247.

poderes y de los modos de representación, sino del conjunto de las prácticas sociales que pueden observarse desde este ángulo de ataque. Podría decirse que lo económico, lo social, lo cultural, son asumidos por lo político y se reúnen en él".⁴¹

Tanto la presentación original de Miaille, como la actual *forma-Estado* que hemos sintetizado, son posiciones marxistas sumamente sugerentes y totalmente apartadas del dogmatismo staliniano.

2.4 Sobre un estudio de Jeammaud acerca de la efectividad del Derecho

Antoine Jeammaud es otro jurista perteneciente al movimiento *Critique du Droit*. En México conocemos algunos de sus trabajos, tales como "La crítica del Derecho en Francia";⁴² tres colaboraciones en la obra colectiva *La Crítica Jurídica en Francia*,⁴³ la primera sobre el movimiento *Critique du Droit* y las otras dos sobre Derecho del Trabajo desde una "comprensión materialista" y como "salvaguardia de la dominación capitalista"; y un trabajo que es el que pretendemos comentar aquí, titulado "En torno al problema de la efectividad del Derecho",⁴⁴ refiriendo la temática a América Latina.

Jeammaud comienza diciéndonos que en América Latina existe una gran cantidad de normas e instituciones de naturaleza jurídica, muy parecidas a las que existen en sociedades altamente jurídicas como las de Europa Occidental. Sin embargo, esa normatividad latinoamericana carece muchas veces de efectividad, "al menos por lo que toca a las pautas e instituciones que tienden a limitar tanto a poderes públicos como a los 'poderes privados' (empresarios, propietarios, etcétera) y a proteger y asegurar derechos a los ciudadanos y trabajadores urbanos o campesinos, esto es a la gente del pueblo".⁴⁵

Nuestro autor distingue entre *validez* y *efectividad*. La primera, siguiendo a Kelsen, consiste en el valor que se debe reconocer a cada regla creada y promulgada por un acto fijado conforme a las pautas del más alto nivel de la jerarquía normativa. La segunda, consiste en la relación de conformidad de una norma, con las situaciones o compor-

⁴¹ *Idem supra.*, p. 249.

⁴² En *Crítica Jurídica* No. 4, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, mayo de 1986.

⁴³ Ed. Universidad Autónoma de Puebla, Col. Crítica Jurídica 4, 1986.

⁴⁴ En *Crítica Jurídica* No. 1, Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984.

⁴⁵ Jeammaud, A., *Idem supra.*, p. 5.

tamientos que se hallan en su ámbito de competencia. Se trata de la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan.

Es necesario distinguir, además, entre *efectividad jurídica* y *efectividad material*. La primera "es la conformación de una situación jurídica concreta —la condición 'en derecho' de un sujeto— al modelo que constituye la norma; es decir, por ejemplo, el reconocimiento efectivo a tal persona del derecho de que se beneficia según la ley, por cumplirse los requisitos previos en la misma"; y la *efectividad material* es "la conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica así otorgada o impuesta al sujeto por el 'cumplimiento' o la 'aplicación' de la norma".⁴⁶

Habiendo hecho esas distinciones necesarias, lleva razón el profesor de la Universidad de Saint-Etienne, cuando afirma:

"En los países de América Latina, parece que la ineffectividad afecta sobre todo a las pautas que, pese a su adecuación básica a la salvaguardia de los intereses generales de las clases dominantes, limitan la explotación de las masas obreras y campesinas, les otorgan derechos, u obstaculizan el arbitrio de los poderes. Creo que, en todos los países, las normas ostensiblemente protectoras de la gente humilde o de los ciudadanos en cuanto tales, carecen más ampliamente de efectividad que las demás, aunque esa ineffectividad se muestre en muy desiguales niveles según el tipo de Estado (incluido el tipo de 'estado de derecho')".⁴⁷

La pregunta resulta obligada: ¿Por qué esa ineffectividad de las normas? Es indudable que la respuesta no puede ser simple, ya que influyen muchos factores. La cuestión es bastante compleja.

Jeammaud, al tratar de despejar la cuestión, desarrolla dos causas de la ineffectividad: La primera sería una causa *formal*, y es que, al mismo tiempo que se plasman en el ordenamiento jurídico preceptos que consagran derechos sociales y libertades, se dictan otras normas —de menor nivel de prestigio y jerarquía— que restringen, y en muchas ocasiones vacían de contenido o dejan sin alcance práctico esos derechos. Es el ordenamiento jurídico como una caja de trampas. La segunda causa estriba en que, a pesar de la presencia del Derecho en la sociedad y su importancia, ésta queda regulada parcialmente por la fuerza, por la coacción abierta, más que por la normatividad jurídica.

⁴⁶ *Idem supra.*, pp. 11 y 12.

⁴⁷ *Idem supra.*, p. 12.

Es importante reiterar que esa ineffectividad afecta, sobre todo, a los derechos de libertad ciudadana y a los derechos sociales consagrados a favor de las clases dominadas, pues lleva razón Jeammaud cuando hace esta certera afirmación: "una ineffectividad notable de la normatividad jurídica no impide que el ordenamiento del derecho permanezca globalmente efectivo en sus elementos básicos para el tipo de formación social de que se trata: formas de adquirir la fuerza del trabajo, de consumirla, régimen de la propiedad de los medios de producción, o la mayor parte del régimen de los poderes públicos".⁴⁸

La afirmación final que hace Jeammaud en el trabajo que comentamos, me parece oportuno resaltarla, pues hace un cierto rescate de la importancia de lo jurídico, apartándose del desdén habitual del marxismo hacia el Derecho: "tengo la convicción de que el tema resulta importante para adelantar en la comprensión crítica del derecho, al mismo tiempo de que la búsqueda de los medios para mejorar la efectividad de las normas que brindan alguna protección y algunos derechos a los dominados siguen mereciendo esfuerzos, *si pensamos que el derecho constituye un 'mal menor' entre los modos de funcionamiento de las sociedades clasistas*".⁴⁹

2.5 Ernest Bloch, disidente de Oriente y Occidente, con su contribución *jusnaturalista-marxista*

Ernest Bloch (1885-1977), el gran filósofo de la esperanza, intenta una mezcla singular de *jusnaturalismo* y marxismo en su fascinante obra *Derecho Natural y Dignidad Humana*.

La obra cumbre de Bloch es, sin embargo, *El Principio Esperanza*, en la que logra una síntesis extraña de mesianismo judeocristiano, utopía marxista y reflexión hegeliana. Constituye, dicen sus críticos, una respuesta a la desesperanza europea, al despotismo de la nada. Su obra ha sido calificada como el "manifiesto del optimismo"; y él ha sido llamado "profeta secular" que ha rehabilitado la categoría básica de la tradición judeocristiana: la esperanza.

La obra jurídica de Bloch tiene como raíz, precisamente, su filosofía de la esperanza, en donde logra esa rara mezcla de *jusnaturalista* y marxismo.

¿Cuál es el itinerario de Bloch? ¿Cómo puede acceder desde el materialismo histórico-dialéctico al tradicional Derecho Natural?

⁴⁸ *Idem supra.*, p. 14.

⁴⁹ *Idem supra.*, p. 15.

En palabras de Jürgen Moltmann: ¿Cómo habría que reformar el tradicional concepto cosmológico de naturaleza, de manera que abarque la historicidad de la realidad y sin embargo se conserve la posibilidad fundamental de la consonancia entre derecho humano y realidad, de la que penden en definitiva el pensamiento jurídico natural y una superación del positivismo jurídico y del anarquismo jurídico? Filosóficamente se encierra ahí el problema entre derecho natural antihistórico y positivismo jurídico histórico antiderecho-natural o entre una persistencia, cerrada al futuro, en los tradicionales derechos humanos y un progresismo meramente económico adverso al derecho humano entre democracia occidental y socialismo oriental".⁵⁰

Bloch inicia su obra jurídica preguntando: "¿Qué es lo justo? Una pregunta que no puede esquivarse. . . Un tipo de pensamiento denominado jusnaturalista se ha concentrado en ella de modo fundamental. . . Y sea cual sea la actitud de cada uno respecto a este pensamiento. . . No ha podido convertirse en algo indiferente. Allí donde todo se ha alienado, se destacan de modo muy especial los derechos inalienables".⁵¹

Y en el mismo prólogo anuncia ya su solución jusfilosófica: "ni la dignidad humana es posible sin la liberación económica, ni ésta, más allá de empresarios y obreros, sin la gran cuestión de los derechos del hombre. Ambas cosas no tienen lugar automáticamente en el mismo acto, sino que están condicionados recíprocamente, con un *príus* económico y un primado humanista".⁵²

Bien, pero volvamos a la cuestión inicialmente planteada: ¿cómo logra Bloch un jusnaturalismo-marxista o un marxismo-jusnaturalista?, en otras palabras ¿cómo lograr —según el decir del propio Bloch— la liberación económica y la dignidad humana?, ¿cómo un pensamiento concebido atemporalmente —como el jusnaturalismo— puede hacerse real en la historia?

El filósofo de Ludwigshafen, disidente de las formaciones sociales del Oeste y del Este, no concibe la naturaleza como un eterno cosmos ordenado, ni como una abstracción de la historia, sino como materia en proceso. No concibe la razón como participación en la razón universal por vía de la abstracción de los hechos, sino como comprensión de lo "real-posible". La realidad así abordada y la razón así entendida sólo pueden "armonizarse" de un modo dialéctico.

⁵⁰ En Moltmann, Jürgen y Hurlbut, Laënnec, *Utopía y Esperanza. Diálogo con Ernest Bloch*, Ed. Sigueme, Salamanca, 1980, p. 128.

⁵¹ Bloch, Ernest, *ob. cit.*, en el *Prólogo*, p. IX.

⁵² *Idem supra.*, p. XI.

Bloch "entiende lo real como algo que sólo es real en sus posibilidades, en lo que todavía-no-es, pero a lo que está apuntando por la propia constitución de su ser. Lo real no es, como una terminología equívoca parece sugerir, lo 'dado', algo con contextura y límites definitivos y perceptibles. A lo real no le son de esencia ni límites ni contextura definitivos, sino, al contrario, 'frontera', que, como su nombre lo indica, es un 'hasta aquí se ha llegado', y 'horizonte', que es el 'novum' hacia el que tiende".⁵³ "Esta concepción de la realidad implica en el terreno gnoseológico una nueva relación entre la conciencia cognocente y su objeto —agrega González Vicen—. Por su misma estructura, en efecto, la realidad, el ser no se reproduce en la conciencia cognocente tan sólo en su aquí y ahora, sino también en sus posibilidades reales, en su futuración. O lo que es lo mismo, la conciencia cognocente no está referida, como quería la teoría del conocimiento tradicional, a un algo dado sin más, sino a un algo dado en tanto que apunta al futuro como predicado de su propio ser".⁵⁴

Al tener Bloch la concepción de lo real, más allá de "lo dado", como lo "real-posible" y del conocimiento como aquello que no se queda en una relación de sujeto y objeto con el "aquí y ahora", sino que implica sus posibilidades, puede afirmar que: "No hay un ser genérico fijo llamado hombre, con cualidades estáticas, sobre el que pudiera basarse un Derecho natural; toda la historia muestra, al contrario, una transformación constante de la naturaleza humana. . . Para el marxismo lo humano es un objetivo histórico, no un principio de deducción *a priori*; es lo no existente, utópico y presentido, no lo ahistóricamente básico y absolutamente cierto".⁵⁵

Los principios normativos del Derecho natural no se consideran ya como ideales, que desde arriba acceden a la historia, sino que de forma concretamente utópica se deducen, como "tendencias jurídicas", de las intervenciones dialécticas de la misma historia.

"De construcción racional *a priori* el Derecho natural se convierte en conocimiento de lo real como movimiento, como postulado dialéctico. La idea de un cosmos ordenado y estático, sustraído a la historia y siempre igual a sí mismo, desaparece y en su lugar tenemos la noción de una realidad de tendencia, de un proceso constante de lo dado hacia grados más altos de realización; y la razón pierde asimismo el carác-

⁵³ González Vicen, Felipe, "Ernest Bloch y el Derecho Natural" en la obra colectiva *En favor de Bloch*, Ed. Taurus, Madrid, 1979, p. 51.

⁵⁴ *Idem supra.*, p. 52.

⁵⁵ Bloch, Ernest, *ob. cit.*, p. 195.

ter abstracto cuasi-matemático que había revestido en el Derecho natural clásico, deja de ser participación en una razón universal, y se hace conocimiento y práctica de lo objetivamente posible, de las tendencias latentes en el proceso hacia lo real".⁵⁶

Como escribe Moltmann, en Bloch "El Derecho natural se transforma en una escatología de la historia, que hay que deducir del proceso fáctico de la misma historia y una vez deducida hay que integrar prácticamente y de forma revolucionaria en ese mismo proceso fáctico. El lugar de lo eternamente permanente viene a ocuparlo lo intentado para el futuro".⁵⁷

En síntesis, para Bloch, *el jusnaturalismo se convierte en una práctica histórica para posibilitar la dignidad humana*.

Esta filosofía jurídica le sirve de base a Bloch para ser un crítico tanto de las formaciones sociales individualistas —en concreto el capitalismo—, como de las colectivistas —socialismo totalitario, nacional-socialismo, etcétera—, que han conculcado los derechos del hombre, que han ido contra la dignidad humana; tanto unas formaciones sociales como otras han generado "agobiados y oprimidos", "humillados y ofendidos", dos binas usadas frecuentemente por Bloch para designar la negación de los derechos del hombre en cuanto al despojo de que es objeto del fruto de su trabajo y de su poder de decisión, de su pan y de su palabra.

El "filósofo de la esperanza", como crítico, pues, tanto de la sociedad capitalista como del llamado "socialismo real", escribe: "Pero la bandera de los derechos del hombre tiene que ser por doquiera la misma, tanto la que alzan los trabajadores como derecho de resistencia en los países capitalistas, como la que enarbolan en los países socialistas como construcción del socialismo, como derecho e incluso obligación a la crítica de esta construcción. En otro caso tendríamos —contradictorio— un socialismo autoritario...".⁵⁸

Profundizando Bloch en la obra de Marx, y en muchas de sus intenciones ocultas y no manifiestas, afirma que éste, a pesar de ser un crítico feroz al Derecho positivo, no es indiferente al Derecho natural. "En la cuna del marxismo se encuentra, por eso, no sólo el partidismo económico por los *agobiados y oprimidos*, sino también el partidismo jusnaturalista por los *humillados y ofendidos*; un partidismo que se entiende como lucha por la dignidad humana, como herencia constitu-

⁵⁶ González Vicen, Felipe, *ob. cit.*, p. 58.

⁵⁷ Moltmann, J. y Hurbon, L., *ob. cit.*, p. 131.

⁵⁸ Bloch, Ernest., *ob. cit.*, p. 181.

tiva del Derecho natural clásico, y que no se somete sin más a la férula tradicional o reciente de ninguna autoridad, siempre que ésta sea necesaria". Lo que lo lleva a concluir: "De aquí que la herencia propia del Derecho natural, un día revolucionario, rece así: eliminación de todas las relaciones en las que el hombre es con las cosas alienado en mercancía, y no sólo en mercancía, sino en la nulidad de su propio valor. Ninguna democracia sin socialismo, ningún socialismo sin democracia, ésta es la fórmula de una influencia recíproca que decide sobre el futuro".⁵⁹

Bloch como filósofo, y en concreto como filósofo jurista, lleva a cabo una disidencia basada en los derechos subjetivos, en los derechos del hombre. Se trata de una disidencia al estilo de los profetas: denuncia las sociedades que generan "agobiados y oprimidos", "humillados y ofendidos"; y anuncia también, en su singular concepción jusnaturalista, *un día futuro*, en el que serán eliminadas las relaciones que convierten al hombre en mercancía y aquellas otras que le nulifican su valor de ser hombre, su derecho de ser hombre.

III. UNAS PALABRAS SOBRE EL MARXISMO JURÍDICO EN LATINOAMÉRICA

Podemos decir, que en los años que corren, estamos asistiendo a la elaboración, en América Latina, de pensamientos novedosos respecto del Derecho, inscritos en dos campos de actividad teórica: la crítica jurídica y el uso alternativo del Derecho. En las dos corrientes de pensamiento, aunque no en todos los trabajos ni todos los autores, se hace uso de diversas teorías marxistas; algunos autores bastante influidos por el paradigma científico del materialismo histórico, otros utilizándolo sólo en algunos aspectos; pero, en ambos casos, salvo excepciones, sólo hacen uso del instrumental científico del marxismo en aquello que les es útil a sus planteamientos, mas no como doctrina cerrada o dogma.

En México, estos campos de actividad teórica giran alrededor de tres publicaciones. En primer lugar la revista *Crítica Jurídica* de la Universidad Autónoma de Puebla, sostenida, en gran parte, gracias al impulso de Óscar Correas. En ella aparecen trabajos de autores europeos y latinoamericanos, todos inscritos en una visión crítica del Derecho, muchos de ellos desde perspectivas marxistas. En segundo lugar la revista *Alegatos*, publicada por el Departamento de derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana (Unidad Azcapotzalco); mu-

⁵⁹ *Idem supra.*, p. 207.

chos de sus colaboradores también abordan el Derecho desde posiciones críticas, siendo algunas de corte marxista, como los trabajos de Jaime Escamilla Hernández y Martín Díaz y Díaz. Y en tercer lugar la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, con los ensayos del propio Martín Díaz y algunas colaboraciones más en las que, sin inscribirme en el marxismo, utilizo algunas de sus conclusiones que considero válidas.

Por otro lado, a fines de 1988, apareció la revista *El otro Derecho* publicada en Bogotá, por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), con la temática de crítica jurídica y uso alternativo del Derecho. Esta publicación nace con la pretensión de ser un órgano latinoamericano de expresión de este nuevo pensamiento jurídico.

Varios juristas brasileños están produciendo también en esta línea. Sería muy largo enumerar a todos ellos. Están publicando en gran cantidad, sobre todo, en folletos o artículos. Muchos de ellos son universitarios, pero otro gran número están nucleados en centros de defensa de los derechos humanos o de asesoría jurídica popular.

A continuación me referiré a parte de la obra de Óscar Correas, en sus escritos "más" marxistas;⁶⁰ y después pasaré a exponer cómo utiliza el marxismo la corriente del uso alternativo del Derecho en América Latina.

3.1 Óscar Correas: La Ciencia Jurídica Material

Correas, argentino de origen —cordobés—, actual profesor de la Facultad de Filosofía de la Universidad Autónoma de Puebla, hace una severa crítica a la ciencia jurídica formal del juspositivismo kelseniano, por limitarse en su estudio a las formas jurídicas dejando de lado los contenidos. Y propone una ciencia jurídica material.

Óscar Correas nos dice que el objeto que se plantea es una práctica científica, en relación a lo jurídico, al servicio de la transformación social y de la democracia. Y siendo así se construirá una ciencia que atienda preferentemente a los contenidos de las normas jurídicas. Correas nos da el por qué: "Resulta obvio que si de lo que se trata es del estudio de las relaciones sociales tal como ellas aparecen en lo

⁶⁰ Correas en sus últimos trabajos ha buscado la complementación entre Kelsen y el pensamiento jurídico marxista, cfr. "Kelsen y los marxistas" en *Alegatos* No. 3, México, mayo-junio de 1986; "Kelsen y Marx: de la ciencia a la filosofía" en *Crítica Jurídica* 4, mayo de 1986.

jurídico, no basta con el estudio de la estructura de las normas; al contrario, este último es sólo una técnica a través de la cual las relaciones sociales se autorreproducen. . . una ciencia de objetivo social. . . trata de estudiar las relaciones sociales que se expresan en esas técnicas normativas y tal como allí se expresan".⁶¹

Correas nos dice que con la ayuda de ciertos conceptos teóricos previos, tales como técnicas, categorías, ideología y sistemas jurídicos, que en cierta medida adelantan el resultado de la investigación, es posible plantearse los principales problemas con que ha de verse la teoría y la ciencia jurídica material. Estos que Correas llama "problemas fundamentales", serían los siguientes:

a) Determinación del concepto de Derecho

El Derecho es un fenómeno social complejo y por tanto presenta múltiples facetas que deberán estudiarse y "la definición del mismo sólo podrá estar al final de la investigación".⁶² Una teoría general del Derecho no puede imponer un concepto de lo jurídico al principio, más bien esto debe ser su resultado.

"La tarea de determinar el concepto de Derecho, comienza entonces analizando los elementos fundamentales de la Teoría de la Historia, o de la sociedad si se prefiere".⁶³ Es necesario optar por una teoría de la historia.

b) Derecho y relaciones sociales

También es necesario, según Correas, analizar el lugar que ocupan las relaciones jurídicas en el seno de las relaciones sociales.

c) Explicación del ser así del Derecho

"El sistema jurídico en sentido material, presenta características específicas —su ser así— que deben ser analizadas".⁶⁴

⁶¹ Correas, Óscar, *La Ciencia Jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, Culiacán, 1980, p. 15.

⁶² *Idem supra*, p. 22.

⁶³ *Idem supra*.

⁶⁴ *Idem supra*, p. 23.

d) *La crítica del Derecho*

Correas afirma que la teoría y la ciencia jurídica que tienen como objetivo una práctica transformadora, constituyen, en última instancia, una *crítica del Derecho moderno*, de la ideología que lo justifica y de la sociedad que lo utiliza.

Según nuestro autor el *valor* constituye el fondo del Derecho moderno. "La teoría del Derecho, en sentido crítico, debe comenzar en el mismo punto en que comienza la crítica de la economía política y de la sociedad capitalista; es decir, debe comenzar con la diferencia entre valor de uso y valor de cambio".⁶⁵ Para Correas la esencia del fenómeno jurídico no está en las normas (Kelsen), ni en la "justicia inmanente" (jusnaturalismo), ni es un unívoco "producto social" (sociologismo). Sino que el Derecho moderno se explica a partir del *valor* "como fenómeno básico de la sociedad mercantil capitalista, y permite considerar al Derecho como un fenómeno voluntario-involuntario; es decir, como un fenómeno producido en las instancias voluntarias de la sociedad —legislación— pero ordenado por la instancia social en la cual esa voluntad se encuentra constreñida por el fenómeno básico que no depende del individuo-legislador sino de las propias relaciones sociales legisladas".⁶⁶

Para el maestro Correas, sólo una explicación del fenómeno jurídico que tenga los objetivos que al mismo le señala, puede ser científica y más concretamente "podrá sentarse a la mesa y con los mismos derechos que las demás ciencias de la historia".⁶⁷

3.2 *Marxismo y uso alternativo del Derecho*

Es indudable que la teoría sobre el uso alternativo del derecho que empieza a tomar cuerpo en América Latina, no es ajena a ciertas perspectivas marxistas y al uso frecuente de sus categorías.

Sin embargo, tampoco existe duda de que el marxismo dogmático no es, ni puede ser, el fundamento del uso alternativo del derecho; como bien dice Muñoz Gómez, este uso de la juridicidad constituye "un punto de ruptura, o por lo menos un remezón a la teoría marxista ortodoxa

⁶⁵ Correas, Óscar, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Guerrero, Puebla, 1982, p. 24.

⁶⁵ *Idem supra.*, p. 41.

⁶⁷ Correas, Óscar, *La Ciencia Jurídica, ob. cit.*, p. 24.

acerca del Derecho".⁶⁸ Por nuestra parte, en coincidencia con esto, hace algún tiempo escribimos:

Ante esto, si nos atenemos a las clásicas tesis marxistas de que el Derecho es parte de la superestructura, y por lo tanto, sólo reflejo de la estructura —concibiendo superestructura y estructura como instancias separadas en la que la primera es simple consecuencia necesaria de la segunda—, no existe entonces espacio para que el Derecho pueda ser usado en beneficio del pueblo, esto es, de una manera alternativa al proyecto estructural vigente.

Pero en cambio, si acercándonos un poco a las tesis de Antonio Gramsci aceptamos que entre la estructura y la superestructura existe una interacción dialéctica, es decir, que ambas se retroalimentan y forman un "bloque histórico", una unidad históricamente orgánica, dejamos despejado un amplio espacio para usar el Derecho de una manera distinta a como la clase dominante lo quiere, pues como manifiestan Barcelona y Cotturri "la sobreestructura proporciona las condiciones generales de la existencia de las estructuras, la práctica es un efecto conjunto de ambas, y el derecho es fruto de la lucha de clase".

Podemos decir, que el Derecho puede ser usado políticamente. Y la política del Derecho puede constituir su uso alternativo. Es decir, usar el Derecho en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de bienes en la sociedad. Como manifestamos, entre la estructura y la superestructura existe una interacción dialéctica: economía, derecho e ideología se interrelacionan; forman un "bloque histórico" que vive su propio proceso.⁶⁹

El propio Muñoz Gómez, agrega: "El uso alternativo del derecho presenta al sistema jurídico con una visión dialéctica; como algo en lo cual se refleja y reproduce la lucha de clases. Por consiguiente susceptible de una práctica diferente, 'alternativa' en beneficio de los oprimidos", y agrega que, visto así, "el uso alternativo del derecho enriquece la teoría marxista, que sólo veía en su corriente tradicional al derecho como superestructural, como simple reflejo mecánico de la realidad material, con la lógica consecuencia de no poder explicar en forma satisfactoria las dos fases de la ciencia jurídica, ni el papel progresista que puede llegar a desempeñar...".⁷⁰

⁶⁸ Muñoz Gómez, Jesús Antonio, "Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho", en *El otro Derecho* No. 1, Ed. Temis e ILSA, Bogotá, agosto de 1988, p. 57.

⁶⁹ *El Derecho como arma de liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecueménicos, México, 1984, pp. 80 y 81.

⁷⁰ Muñoz Gómez, Jesús Antonio, *ob. cit.*, p. 57.

3.2.1. *Un punto de vista*

Es indudable que el marxismo, en sus vertientes no dogmáticas, es un importante apoyo teórico para el uso alternativo del Derecho. En mi concepto, la teoría marxista crítica del Derecho, es un instrumental científico muy valioso, para las prácticas jurídicas alternativas. Sin embargo, creo que es insuficiente, filosóficamente hablando, para fundamentarlas. El marxismo es instrumental, como bagaje científico utilizable; como un medio de conocimiento, entre otros, que debe ser puesto al servicio de los derechos humanos, del hombre mismo, raíz de todo Derecho.

Con esta idea terminábamos nuestra última colaboración en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, en la que sin restarle importancia al marxismo jurídico no dogmático, tomábamos distancia filosófica del mismo: "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 constituyen la esencia de la justicia",⁷¹ derivando de ello la necesidad del uso alternativo del derecho.

Me parece que este punto de vista es compartido por Manuel Jacques, cuando al hablar sobre la educación y el uso alternativo del derecho resalta la importancia de "conceptualizar... el conflicto jurídico a partir del estado de insatisfacción de necesidades humanas fundamentales" lo que lleva a rechazar "de plano la visión legalista que lo reduce solamente a un conflicto con la norma positiva. Criticamos este enfoque reduccionista, pues reduce el conflicto jurídico a lo legal y, por ende, el Derecho a la Ley. Abordando así el fenómeno jurídico desde esta noción más comprensiva... situamos sus criterios de exigibilidad más allá de la norma formal vigente, y lo extendemos a la posibilidad de establecimiento de derechos que permitan la satisfacción de necesidades fundamentales que no se encuentran consagradas en el ordenamiento o que resultan violados por el sistema..."⁷²

⁷¹ "Puntos fundamentales para el uso alternativo del Derecho", *Rev. Inv. Jur.* No. 12, México, 1988, p. 301.

⁷² Jacques P., Manuel, *Educación para un uso alternativo del Derecho*, Cuaderno de Debate No. 3 de Quercum (Centro de Reflexión y Acción para el Cambio), Santiago de Chile, mayo de 1986.

IV. CONCLUSIÓN

Creo que de este esbozo de algunas de las posturas jurídico-marxistas, podemos estar de acuerdo en dos puntos, independientemente de simpatizar o no con esta línea de pensamiento:

1o. El marxismo-jurídico es sumamente variado. De tal modo que no se vale simplificarlo, ni hacer presentaciones caricaturales del mismo cuando hacemos crítica de esta corriente;

2o. Despojándonos de prejuicios, podemos darnos cuenta de lo sugerente de su temática y lo valioso de algunas de sus conclusiones, para el conocimiento integral del fenómeno jurídico.

JACINTO PALLARES: SU BIBLIOGRAFÍA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Abreviaturas.* III. *Libros y Folletos.*
IV. *En publicaciones periódicas.* V. *Referencias no precisadas.*
V. *Fuentes.*

I. PRESENTACIÓN

Es verdad sabida y aceptada que Jacinto Pallares es uno de los más destacados jurisconsultos mexicanos, cuando menos de lo que va de la independencia a nuestros días. Dificilmente alguien podría disputarle el lugar prominente que ocupa entre los juristas del porfiriato, esa época tan crítica para nuestra historia política y social y a la vez tan rica para la historia de la cultura mexicana. Si no todos estariamos de acuerdo en considerar que bajo ese sistema la ciencia jurídica nacional vivió su época dorada, tendríamos que convenir, cuando menos, que sí alcanzó un nivel poco superado en periodos posteriores: La consolidación de una literatura jurídica propia, la profusión de revistas y periódicos destinados exclusivamente al análisis y al examen de cuestiones, ideas y doctrinas jurídicas y a la difusión de trabajos de autores nacionales y extranjeros, y, sobre todo, la calidad, la exigencia y la profundidad de los estudios producidos por los juristas locales tanto a nivel doctrinal como en el ejercicio de la profesión de abogado o de juez, parecen así demostrarlo. Fenómenos que corrieron paralelos con el establecimiento o la transformación de las escuelas de Derecho, encargadas de llevar a cabo la importante y trascendental misión de sustituir métodos tradicionales de enseñanza y programas que se remontaban, cuando menos, a un siglo atrás, por métodos y planes de estudio "modernos" y afrancesados, que lo mismo servirían para romper la tradición jurídica hispánica, romana y canónica que para imponer a los jóvenes estudiosos el contenido de los códigos, las leyes administrativas y las constituciones de un poderoso y triunfante Estado emergente. Incluso, el hasta entonces imprescindible Derecho natural se vio sustituido por los Prolegómenos del Derecho y por unos principios

de legislación que permitían comprender el exacto funcionamiento y la correcta aplicación del Derecho positivo emanado, exclusivamente, desde el ámbito de las facultades de aquel Estado.

El esfuerzo intelectual desarrollado por los juristas de la época para lograr estos propósitos y ese nivel no fue poco. Pero, sin duda, muchos de ellos —si no todos— debieron dar gracias a los exigentes métodos de estudio aprendidos en la juventud y a los profesores antiguos por dotarlos de los instrumentos intelectuales y de la disciplina personal indispensables para, paradójicamente, poder lanzarse a la tarea de construir un nuevo tipo de enseñanza jurídica y hacer triunfar en el medio forense una nueva manera de entender y resolver los problemas jurídicos, sobre las ruinas de las viejas escuelas, los superados métodos y la ideología de esos antiguos profesores. La nueva labor se presenta, entonces, como rompimiento y negación (no desconocimiento) del pasado mediato e inmediato y afanosa búsqueda por vincularse a corrientes más modernas, calificadas de "científicas" y, desde luego, más acordes con el desarrollo de una nueva e incipiente economía y con las aspiraciones de una burguesía muy ansiosa de encontrar un orden jurídico que le garantizase, ante todo, seguridad, rapidez y eficacia en la solución de sus particulares conflictos, aún a costa del desequilibrio, la tensión y las injusticias que ese orden supondría para el resto de la sociedad.

Pallares, ¡con cuántos más!, vivió esa paradójica negación y fue artifice de la transformación intelectual que vio en la Ciencia, en el Progreso y en la Ley las claves para destruir un mundo al que íntimamente pertenecía pero que no podía ni soportarse ni aceptarse por no corresponder precisamente a la modernidad anhelada.

Mestizo puro, al parecer, nació en 1843 en una hacienda michoacana, y como muchos intelectuales y políticos de su generación debió al clero tanto su formación intelectual como buena parte de un ascenso social que, de otra forma, le hubiera sido muy difícil de conseguir. Conservador, poeta religioso y defensor del Imperio en su juventud, el contacto con las ideas liberales, con la filosofía positivista y tal vez algún oculto drama personal lo llevaron a perder la fe, hasta convertirse en un furibundo enemigo del catolicismo y de la Iglesia. Produjo lo mejor de su obra jurídica e intelectual en las dos últimas décadas del pasado siglo y los primeros cuatro años del presente, es decir, en los años que corresponden al auge del porfiriato y al dominio del pensamiento positivista en nuestro país. Moriría en diciembre de 1904

en el seno de la Iglesia, según sus biógrafos. Atrás dejaba una fama indiscutible como jurista independiente y como hombre de trato difícil.

Aún en vida, su personalidad causaría polémicas y éstas, en él, un dejo de complaciente autosuficiencia: sería uno de los raros ejemplos de intelectual dentro del porfiriato que no sólo no se inclinaria servilmente frente al Dictador en búsqueda de honores y prebendas, sino que incluso no dejaría de manifestar su pública oposición y claro desdén por éste. Resulta obvio, entonces, que a su muerte su figura continuara siendo polémica y que incluso se llegara a ignorar su nombre por quienes no estarían inmediatamente interesados con el desarrollo de los estudios jurídicos en México. En efecto, a no ser por dos o tres biógrafos —uno de ellos su hijo Eduardo— casi nada sabríamos de la vida de Pallares, máxime que éste hizo todo lo posible por ocultar muchos aspectos de su vida, concretamente los relacionados con sus orígenes y con su juventud. Esto, aunado a su nula participación política dentro del sistema porfirico tal vez explique, por una parte, la monótona repetición de los datos biográficos (siempre reducidos a los más elementales y muchas veces equivocados), sin avance mayor de por medio, y, por otro, que los mejores especialistas contemporáneos en la historia del porfiriato apenas y lo mencionen. Roeder y Guerra lo ignoran completamente; Valadés se refiere a él en una sola ocasión y en la enciclopédica *Historia Moderna de México*, dirigida por Cosío Villegas, apenas aparece citado. Quizás la magnífica obra de Guerra sea la más elocuente al respecto, si nos reducimos a sus datos y perspectiva: según éstos, Pallares simplemente no formó parte de los 9845 miembros de la élite política de entonces, no obstante la importante labor docente, jurídica y profesional que desplegó durante casi 35 años y haber ocupado un destacadísimo lugar dentro de los jurisconsultos de la época (época, por otro lado, de "abogados", como el propio Guerra y Luis González lo han señalado acertadamente).

Desde luego, un cambio de perspectiva nos podría indicar lo contrario: Efectivamente, si por élite política entendemos únicamente aquella que comprende a los miembros de diversas generaciones que efectiva e inmediatamente ejercen el poder, tanto a un nivel local como regional o nacional, habría que excluir de ella, como lo hizo Guerra, a Pallares, toda vez que nunca ocupó un cargo gubernativo ni ejerció una función burocrática, salvo por poquísimo tiempo la de juez de primera instancia. Pero si abrimos más el espectro e incluimos en esa élite a quienes durante los casi treinta años de dictadura asumieron un papel crítico o de franca oposición política al sistema de gobierno y a la

figura del dictador, asumiendo una auténtica posición política desde las trincheras de la vida profesional privada, en el magisterio, en la prensa, o en el arte podríamos, sin mucho riesgo de equivocarnos, considerar a Jacinto Pallares como un miembro más de la élite política. Toda la oposición —de diverso signo— al porfiriato quedaría de este modo incluido en ella y debería ser estudiada para comprender el exacto funcionamiento de la política y de los políticos de entonces.

Al parecer, no habría, en cambio, ninguna dificultad para aceptar a Pallares como miembro destacado de la élite cultural mexicana durante el periodo señalado; sin embargo, aún desde esta perspectiva su figura sigue siendo ignorada: el caso de Zea es muy significativo; el jurista y pensador michoacano no es mencionado ni una sola vez en *El Positivismo en México*, no obstante que en su época fue considerado uno de los más destacados representantes y divulgadores de la filosofía positivista. Tampoco aparece en casi ninguna historia de la filosofía o del pensamiento mexicano (aunque sí en alguna referida concretamente al pensamiento michoacano), salvo en el caso notable (siempre excepcional) de la obra de Emeterio Valverde Téllez, hoy felizmente rescatada gracias a los esfuerzos editoriales de El Colegio de Michoacán.

Si del estudio de las élites intelectuales descendemos al campo específico de los juristas pareciera que Pallares correría con más suerte: todos los juristas e historiadores del derecho mexicano tendríamos que secundar la verdad asentada en las primeras líneas de este escrito. Pero aún aquí, en este reducidísimo campo de la cultura nacional, no podemos vanagloriarnos por nuestros conocimientos sobre la vida y la obra de Pallares, con lo cual nuestro juicio y nuestra certeza parecen sustentarse sobre bases muy poco firmes: la fama, más que en el conocimiento. En efecto, después de su muerte, y dejando atrás los consabidos homenajes póstumos —que como todos los de este tipo, pasado el instante de euforia se pierden en el olvido— el nombre de Jacinto Pallares se ha preservado en el de algunas calles y auditorios; su efigie y su retrato adornan patios y salones, y hasta algunas academias o asociaciones lo han erigido como su dios tutelar. No han faltado ediciones modernas de algunos de sus escritos más importantes, gracias sobre todo a los esfuerzos que hizo su hijo, el también distinguido e ignorado jurista Eduardo Pallares, y alguna reciente publicación de una de sus obras más importantes: el *Derecho Mercantil*; pero todavía la obra y la vida del michoacano se nos escapan y ni siquiera contamos con una relación de todos sus escritos, ya no digamos con

una recopilación de los mismos. Pareciera que agotado su prestigio y utilidad en su momento, éstos ya no son dignos de motivar nuestra atención por no tratarse de uno de aquéllos que más contribuyeron a la formación del Estado —que no de la cultura— mexicano: Vallarta, Rabasa, Molina Enríquez, León Guzmán, Cabrera y otros más. Prueba de esto es la consabida biografía escrita por Leonardo Pasquel hace ya más de cuatro décadas y que ha seguido repitiéndose en toda obra que pretende rescatar o referirse a Pallares; últimamente volvió otra vez a publicarse como prólogo a la edición facsimilar del *Derecho Mercantil*, desaprovechándose de este modo una buena oportunidad para hacer un estudio preliminar que nos acercara de lleno a su pensamiento y que nos permitiese valorar tanto la calidad del mismo como sus posibles contribuciones al desarrollo de la cultura jurídica nacional.

La actitud de los contemporáneos no corresponde con el prestigio que Pallares alcanzó como jurista y como profesor en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Prueba de ello son aquellos discursos póstumos y —tal vez más elocuentes y valiosos— los magníficos juicios que de él nos dejaron sus discípulos; por cierto no cualesquiera, sino un Esquivel Obregón, un Nemesio García Naranjo, un Fernández MacGregor, un José Vasconcelos, entre otros. A todos, la enorme personalidad y el talento indiscutible de Pallares debió de asombrarlos de tal modo que no pudieron evitar evocarlo en forma destacada en sus magníficas autobiografías y en todas éstas el juicio del inteligente discípulo le fue favorable al maestro. La mera procedencia del juicio y su uniformidad serían razones suficientes para alentar una investigación sobre la persona del profesor que causó tan admirables evocaciones y comentarios. ¿Quién fue, en realidad, Jacinto Pallares? ¿Qué papel jugó dentro de la intelectualidad y en el estudiantado de su época? ¿Fue o no uno de los principales "positivistas" mexicanos?, ¿original? ¿Merece figurar también dentro de las historias y antologías de la literatura mexicana como un excelente escritor, tal y como lo deseaba García Naranjo?

Y respecto a su obra jurídica, ¿se justifica una tarea que se proponga su examen, su valoración y su rescate para bien de la ciencia jurídica mexicana?, ¿o, al menos, una que se proponga un mayor esclarecimiento de los fundamentos de ésta?

Hoy por hoy la vida y la obra de Jacinto Pallares nos son aún prácticamente desconocidas. Creemos que su fama, su nombre y su obra no se corresponden con el conocimiento que de él y de ésta han tenido y tenemos ni los juristas mexicanos ni los historiadores de la

cultura mexicana. Como en tantísimos otros casos, la figura del célebre abogado, notario y profesor está ahí, en las fichas de las enciclopedias y de los diccionarios biográficos en espera de la adecuada comprensión del hombre y de la exacta valoración de las aportaciones de su pensamiento jurídico y filosófico a la historia de las ideas en México.

Para ayudar a estas tareas es necesario primero rescatar del olvido la bibliografía del autor, así como el mayor número de referencias posibles sobre su vida y su obra hechas por sus contemporáneos o por quienes posteriormente les ha interesado el personaje por una u otra razón. Orientados siempre por la valiosa guía del doctor Andrés Lira intentamos, como paso previo e indispensable en la elaboración de una investigación de mayores alientos que esperamos concluir algún día, llevar a cabo dicho rescate basados en una exploración de las bibliotecas en las que sospechábamos habría la información que buscábamos.

Iniciada en los ricos fondos biblio y hemerográficos que guarda la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho —de donde se sacó la mayor parte de la información— la búsqueda se extendió a más de veinte bibliotecas especializadas ubicadas en la capital de la República y en los Estados de Michoacán y de Hidalgo, y a la consulta de los catálogos impresos de las bibliotecas Nacional de París, del Museo Británico, del Congreso de Washington y de la Universidad de Texas, en Austin. Así mismo, fueron revisadas las principales bibliografías escritas sobre el Derecho mexicano, desde la de Cruzado, de 1904, hasta la ya no muy reciente de Clagget y Valderrama, y las obras que consignan las biografías principales de Pallares. La información hemerográfica (hay que decirlo no sin pena) casi nunca provino del examen de los ficheros respectivos sino que tuvo que obtenerse después de una paciente pero rica labor de espurgamiento en las revistas y periódicos jurídicos de la época y posteriores. No todo el material pudo ser localizado, y no todo se encuentra en México: de algunos títulos sólo contamos con las referencias señaladas en las bibliografías consultadas o en los catálogos de las bibliotecas extranjeras. Vale la pena decir, sin embargo, que la investigación realizada —y aún no terminada— nos llevó a resultados asombrosos: mientras que la búsqueda en las bibliotecas de la Facultad de Derecho de la UNAM resultó totalmente inútil, el viaje que hicimos en compañía del bisnieto de Pallares (el inquieto estudiante Jaime Ortiz Pallares, cicerone insustituible a lo largo de esta búsqueda) a la ciudad de Tulancingo, Hgo., fue sorprendentemente rico en resultados; y mientras descubrimos que en Michoacán casi nada se conserva de la labor de uno de sus más

afamados juristas, en Hidalgo y en Estados Unidos constatamos que se guardan ejemplares de sus escritos que ni aún en la Ciudad de México pudimos localizar. Seguramente que una labor de exploración más detenida sobre los casi nunca clasificados volúmenes de "Misceláneas", "Alegatos" o "Estudios" que se conservan en las bibliotecas nacionales y que guardan celosamente la rica y desconocida folletería jurídica mexicana, así como sobre algunas de las ricas bibliotecas privadas propiedad de nuestros abogados de hoy en día, permitirá encontrar en suelo capitalino o nacional la mayoría de los estudios no localizados u otros de los que no tenemos todavía noticia.

Para ayudar a la consulta o localización de los *libros y folletos* hemos añadido al final de la ficha correspondiente las iniciales de las bibliotecas donde se custodia el material. Desde luego, no pretendemos informar de todos y cada uno de los lugares donde cada título se encuentra, sino exclusivamente presentar dos o más opciones entre los acervos de consulta más accesible para cualquier investigador interesado. Cuando sólo se indica una única referencia o acervo quiere decir que la obra o no pudo ser localizada o que sólo en el acervo señalado pudo consultarse.

Respecto a la *hemerografía*, ésta se localiza casi en su totalidad en la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho; sólo en caso contrario indicamos la referencia o el acervo correspondiente con el mismo sistema de abreviaturas. Por lo que hace a las *referencias no precisadas*, éstas incluyen material señalado por algunos biógrafos de Jacinto Pallares y que no nos fue posible identificar. Señalamos, sin embargo, la procedencia de la información. Por lo que a las *fuentes* se refiere sólo señalamos el repositorio y la edición que consultamos, aunque estamos conscientes que varias de las obras ahí mencionadas se encuentran en las principales bibliotecas del país. Consideramos que dichas fuentes constituyen el mínimo indispensable para adentrarse en el conocimiento de la personalidad y la obra de nuestro autor, así como de la época y del ambiente cultural y social que le correspondió vivir.

Sin pretender haber agotado la búsqueda y reconociendo de antemano posibles omisiones, sí creemos poder estar en el caso de aventurar algunas conclusiones derivadas del examen de los títulos aquí reunidos: 1) *época*: la mayor producción de Pallares se puede ubicar en la década de los 90's y, proporcionalmente, en segundo lugar, en los cuatro años que vivió del siglo XX; es decir, cuando Pallares contaba entre 47 y 57 años. Destacan los años de 1877, 1895 y 1901 como los de mayor producción frente a los de 1878 y 1886 en los que

no publicó ningún escrito. 2) *géneros*: estudioso y abogado, en este orden se manifiesta la vocación literaria de Pallares. Sus estudios —libros o pequeños opúsculos— exceden con mucho a sus alegatos o consultas, si bien hay que reconocer que muchos de los primeros los escribió con motivo de controversias judiciales. En tercer lugar, casi empatarían sus discursos con sus proyectos, recopilaciones o comentarios de leyes. Finalmente, sus prólogos. 3) *materias*: Pallares ha corrido en nuestro medio con fama de civilista, lo que viene a confirmarse con la lectura de la presente bibliografía. Sin embargo, la distancia entre su obra civil y la constitucional no es tanta como sospacharíamos, y tal vez la lectura detenida de esta última permita colocar a Pallares dentro de los principales constitucionalistas de su época. El mercantil, lo procesal y las tareas recopiladoras y comentadoras de la ley vigente ocupan lugares inferiores, un poco por encima de sus inquietudes por la enseñanza en general y del derecho en particular. En el fondo, obviamente, se colocan sus escritos penales, pero también los históricos, no obstante la importancia que la historia ocupa en todo su quehacer literario, así como, paradójicamente, su obra general, "enciclopédica", tal como lo fué el *Curso de Derecho Mexicano*, cima del pensamiento de Pallares. 4) *personalidad*: la simple lectura de la bibliografía y la investigación realizada nos permite conocer a un Pallares enfadoso, polémico, nervioso, vanidoso, sarcástico e independiente; que se resiste a pronunciar sus discursos cuando hay que decirlos ante el Dictador y que hábilmente reivindica la paternidad de sus obras cuando éstas, por quien sabe qué razones, salen publicadas con el nombre de otro.

Pallares fue, pues, un hombre que supo conciliar, como muchos otros de su generación, el estudio del Derecho con la práctica forense, alimentando uno con la otra y viceversa, y siempre en búsqueda de la ansiada "Síntesis del Derecho".

De la aventura que emprendimos hace ya casi un año en El Colegio de Michoacán —casa siempre generosa, de altísimos estudios, pues generosos y estudiosos son sus miembros— en pos de un jurista michoacano hemos rescatado ya más de 125 títulos, algunos perdidos bajo la firma de otros autores y muchos escondidos en acervos o en revistas y publicaciones totalmente ignorados. Es cierto que varios se repiten o se complementan —de aquí el sistema de referencias cruzadas que hemos empleado en las notas a pie de página— pero no cabe duda que la producción de Pallares es enorme y digna de ser recuperada del olvido en que se hallaba. En los años cincuenta su hijo Eduardo logró dar un paso en este sentido en la importante revista *Foro de*

México que él mismo dirigía. Hoy, nosotros, damos un paso más, gracias a los alientos de Andrés Lira y al invaluable apoyo de Verónica Ortiz Huerta, Laura Urbina, Jaime Ortiz Pallares y, como siempre, de mi secretaria Silveria Velázquez. Con ellos quede mi agradecimiento, así como con el señor licenciado Manuel Borja M.

II. ABREVIATURAS

HN.	Hemeroteca Nacional. México.
BN.	Biblioteca Nacional. México.
BELD.	Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho. México.
BCT.	Biblioteca de la Catedral de Tulancingo
BST.	Biblioteca del Seminario Menor de Tulancingo.
BIIJ.	Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
BSCJN.	Biblioteca de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
BEPG.	Biblioteca Emilio Portes Gil. Procuraduría General de la República. México.
BMLT.	Biblioteca Miguel Lerdo de Tejada. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México.
BCU.	Biblioteca del Congreso de la Unión, México.
BDCV.	Biblioteca Daniel Cosío Villegas de El Colegio de México, México.
BIJMLM.	Biblioteca del Instituto José María Luis Mora. México.
BCEHM.	Biblioteca del Centro de Estudios de Historia de México Condumex, México.
BFD.	Biblioteca de la Facultad de Derecho. UNAM, México.
BNAH.	Biblioteca Nacional de Antropología e Historia, México.
BMOB.	Biblioteca Manuel Orozco y Berra, INAH. México.

- BAGN. Biblioteca del Archivo General de la Nación. México.
- BFD Mich. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Nicolaita. Morelia.
- BE Mich. Biblioteca del Estado de Michoacán. Morelia.
- B. Col. Mich. Biblioteca de El Colegio de Michoacán. Zamora.
- BJOP. Biblioteca de Jaime Ortiz Pallares. México.
- BMBM Biblioteca del licenciado Manuel Borja Martínez. México.
- BCW. Biblioteca del Congreso. Washington.
- BUTA. Biblioteca de la Universidad de Texas. Austin.
- Cl. Helen L. Clagget y David M. Valderrama. *A revised guide to the law and legal literature of Mexico*, Washington, 1973.
- C. Manuel Cruzado. *Bibliografía Jurídica Mexicana*, México, 1905.
- Val. Emeterio Valverde Téllez. *Bibliografía Filosófica Mexicana*. t. II, León 1913.
- Vill. Margarita de la Villa y José Luiz Zambrano. *Bibliografía Sumaria de Derecho Mexicano*. México, 1957.
- EP. Eduardo Pallares. "La Personalidad de Jacinto Pallares", México, 1956.
- Pas. Leonardo Pasquel. "Jacinto Pallares", México, 1945.

III. LIBROS Y FOLLETOS

1. *Poesías*, s.p.i. BJOP.

1^{bis} 1872 *El Poder Judicial ó tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*. Obra escrita con el objeto de refundir en un cuerpo de doctrina metódica la legislación antigua, la moderna y los proyectos de códigos de procedimientos del fuero común y federal, facilitando así el estudio de las leyes sobre administración de justicia. Su autor el Lic. Jacinto Pallares. Profesor de Procedimientos judiciales y adjunto por oposición

a la cátedra de Derecho natural en la Escuela de Jurisprudencia de México. México, Imprenta del Comercio, de Nabor Chávez. C, BELD, BN, BEPG, BIIJ, BIJMLM.¹

2. 1876 *Importancia comparativa del estudio del derecho romano y los principios de legislación*. Disertación leída por el Lic. Jacinto Pallares en el Colegio de Abogados de México la noche del 18 de marzo de 1876. Publicada por los alumnos de la Escuela Especial de Jurisprudencia. México. Imprenta del Comercio de Dublán y Comp. BELD, B. Col. Mich, BIIJ.²

3. 1877-1881 *Colección de Leyes, decretos, circulares y demás resoluciones del gobierno general con notas y concordancias*. Edición de "El Foro". México, Imprenta de Jeus y Zapiain, 9 vols. BELD.^{2 bis}

4. 1882 *Inteligencia del artículo 16 de la Constitución de 1857*. México, Imprenta de J. F. Jens. Vill.³

5. 1884 *Discurso. Escuela Nacional de Jurisprudencia. Año escolar 1884*, México, Imprenta de J.F. Jens, 19 p. BCW.⁴

6. 1887 *La Enseñanza oficial en sus relaciones con la Religión, la Filosofía y la Ciencia*. Estudio dedicado a los señores licenciados Ignacio Mariscal y Justino Fernández. México, Tipografía de José Vicente Villada, BUTA.⁵

7. 1888 *Proyecto de reformas al actual plan de estudios de la Escuela Especial de Jurisprudencia de México*. Presentado a la Junta de Profesores de la misma Escuela, por el licenciado Jacinto Pallares, México, Tip. de A. Venegas Arroyo. C.⁶

7.^{bis} 1889 "Prólogo" a F. Laurent. *Principios de Derecho Civil*, México, Joaquín Guerra y Valle Editor, t. I, pp. V-XIII, BELD.^{6 bis}

8. 1890 *Los atentados judiciales ante las garantías constitucionales*. Alegato presentado ante el C. Juez 1º de Distrito de México por varios acreedores prendarios que fueron despojados de las prendas, sin forma de juicio, por orden del C. Juez 2º de lo criminal de México, Lic. Quirino Domínguez, s.p.i. BCT.⁷

¹ Cfr. en Publicaciones periódicas (Pp.) año 1874, 1875 y 1889.

² Cfr. Pp. año 1876 y 1956.

^{2 bis} Cfr. Jacinto Pallares. *Historia del Derecho Mexicano*, México, 1904, p. 10.

³ Cfr. Pp. año 1882.

⁴ Cfr. Pp. año 1884.

⁵ Cfr. Pp. año 1890.

⁶ Cfr. Pp. año 1889.

^{6 bis} Cfr. No. 39 y Pp. año 1890.

⁷ Cfr. Pp. año 1890; firmado en junio de 1890 por el licenciado Jacinto Pallares.

9. 1891 *Derecho Mercantil Mexicano*. México, Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, (México, UNAM, 1987). BN, BELD, BCT, BMLT, BEPG, BSCJ.

10. 1892 *Leyes no codificadas de más frecuente aplicación en el Foro*. Formadas por alumnos del tercer año de Derecho Jorge Vera Manuel Mercado, Ismael Pizarro y M. Calero, bajo la dirección de Jacinto Pallares. México, Librería de las Escuelas de Jesús Urías, 155 págs. BN, BELD.

11. 1892 *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, con las reformas, adiciones y leyes orgánicas expedidas hasta junio de 1891*. Arreglada por Jacinto Pallares. México, N. Chávez, 184 págs. BN, BJOP.

12. 1983 *Conferencias y lecciones de derecho constitucional*. México, Antigua Imprenta del Comercio de Dublán y Cia., 56 págs. C1, BJOP, BCW.⁸

13. 1894 *Album de Rosario Portillo de Pallares*, s.p.i. BJOP.

14. 1895 *El Estado y la instrucción pública. Discurso leído en la sesión del día 12 de agosto de 1895*. México. Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento. 84 págs. (Primer Concurso Científico Mexicano), México, Imp. de E. Dublán, 1895, 62 págs. BN, BMLT, BCW, BIJMLM.⁹

14^{bis} *Alegato de buena prueba que en el juicio arbitral seguido contra los socios del Banco Mexicano, señores don Luis Terrazas, don Ramón R. Luján, don Miguel Salas y Luis Faudoa Sansores, presentó el señor Senador don Félix Francisco Maceyra, patrocinado por el licenciado don Miguel Bolaños Cacho*, Chihuahua, Imprenta y Librería de Donato y Miramontes, 92 págs. "Este cuaderno contiene, además, las respetables opiniones de los eminentes juriconsultos, señores: don Jacinto Pallares y don Agustín Verdugo". BIJMLM, y en Miguel Bolaños Cacho, *Estudios Jurídicos*. México, Imprenta Benito Juárez, 1907, págs. 411- 425. BELD.

15. 1896 *Naturaleza del contrato de cuenta corriente*. Consulta del licenciado Jacinto Pallares. México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 56 págs. BCEHM, BUTA.

16. 1897 *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*. Colección formada por José Vázquez Tagle, et al., alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, bajo la direc-

⁸ Cfr. Pp. años 1893 y 1894.

⁹ Cfr. Pp. año 1895.

ción de Jacinto Pallares, México, Tip. Artística de Ramón F. Riveroll. BN, BELD, BCT, BEPG, BUTA, BSCJN.

17. 1897 *Alegato Jurídico por el señor licenciado J. Pallares*, México, Imprenta y Litografía "La Europea" de F. Camacho, 35 págs. BELD.

18. 1897 *La garantía de audiencia y defensa judiciales*. México, Ireneo Paz, 64 págs. BN, BCT, BCW.¹⁰

18^{bis} 1897. "Advertencia". Justino Fernández Castelló. *Las fundaciones de beneficencia privada bajo su aspecto económico y jurídico*. Tesis escrita por el joven... para su examen profesional de abogado que debía verificarse en el mes de abril de 1897. México, Tip. Lit. y Encuadernación de Ireneo Paz, 1897, pp. I-III. BMBM.

19. 1898 *Legislación Federal complementaria...* Apéndice de 1897. México, Librería Madrileña de J. Buxo, 116 págs. BN, BST, BELD.

20. (1898) Bustillo, Francisco. *Interdicto de obra nueva contra el gobierno de la Unión (Apuntes de alegato del licenciado J. Pallares, en el juicio sumario de posesión que sigue contra el Gobierno de la Unión ante el juzgado 2o de Distrito)*, México, diciembre, s.p.i. 59 págs. BN, BCW, BELD, BCT.

20^{bis} 1898. *Sociedades Anónimas*. Proyecto de Ley por el Lic... México, Edición de "La Patria". Imprenta, Litografía y Encuadernación de Ireneo Paz, 1898, 48 págs. BMBM.¹¹

21. 1898 *Proyecto de Ley y exposición histórica, filosófica y jurídica sobre fundaciones y asociaciones de beneficencia e instrucción pública*. México, Imprenta del Gobierno en el ex-Arzbispado, BCT.¹²

22. 1898 *Decreto de 15 de mayo de 1883 reformativo del artículo 7º de la Constitución de 1857*. Ms. México, 25 de junio. BCT.¹³

¹⁰ Cfr. Pp. año 1898 y 1954.

¹¹ Cfr. Pp. año 1901.

¹² Cfr. Pp. año 1898.

¹³ Según dice una nota al pie de la primera página del manuscrito que se conserva en la Catedral de Tulancingo este "Estudio [fue] publicado en el libro dedicado a Porfirio Díaz por varios Abogados en 1900 con el título Comentarios Breves (léase breves jaculatorias a D. Presidente) a la *Legislación Patria*. Habiendo suscrito este artículo el licenciado Franco. M. de Arredondo. Ve iniciales de las palabras de los renglones últimos que dicen *para aplicar las leyes aquella reforma, etc., simplemente...*" Este manuscrito se halla encuadernado junto con otros impresos en un volumen cuyo lomo dice *Pallares, Escritos Varios*. Que el escrito es de Pallares lo prueba la clave que éste nos dejó en la frase transcrita "p... a... l... l... a... r... e... s". Lo mismo haría en la obra marcada con el número 24; véase la nota N. 15. El libro al que se refiere la nota es: *Comentarios Breves sobre la Legislación Patria*, en obsequio del Benemérito General de División don Porfirio Díaz, Presidente de la República y a iniciativa de la Junta que se encargó

23. 1898 *Ley reglamentaria sobre propiedad y aprovechamiento de aguas, del Estado de Guerrero*. Chilpancingo. s/e. BCT.¹⁴
24. 1899 *Estudio presentado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el señor Ministro licenciado Francisco Martínez de Arredondo sobre la diferencia entre los derechos del hombre y los derechos civiles de las entidades administrativas; en su relación con el remedio de Amparo solicitado por el Ayuntamiento del pueblo de Cuixtla, del Estado de Oaxaca contra una decisión de la 2a. Sala de la Suprema Corte de Justicia del mismo Estado*. México, Imprenta y Encuadernación de Mariano Nava, 49 págs. BCT.¹⁵
25. 1899 *Legislación Federal complementaria*. . . Apéndice de 1898 e índice general. México, Librería Madrileña de J. Buxo, 68 págs. BN, BELD.
26. 1901 ——. Apéndice de 1899-1900. México. Mellado & Pardo, 134 págs. BN, BUTA.
27. 1901 *Proyecto de código de marina mercante de México que por orden del señor Secretario de Estado y del Despacho de Guerra y Marina, General Bernardo Reyes formó el Lic. . .*, México-Barcelona, Ramón de S.N. Araluce, 207 págs. BMOB, BSCJ, BCT, BCW, BMLT.
28. 1901 *Curso completo de Derecho Mexicano o exposición filológica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana*, por el licenciado Jacinto Pallares, profesor de Oratoria Forense y Derecho Natural en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México. Profesor

de la dirección de los trabajos. Periodo Legislativo de 1876 a 1900. México, Tip. y Lit. "La Europea" de J. Aguilar Vereá y Cía. (S. en C.), 1900. 524 págs., en el cual, además, escribieron los licenciados Pablo Zayas, Manuel Mateos Alarcón, Gregorio Castellanos, Genaro García, Francisco L. de la Barra, Manuel Cruzado, Emilio Velasco, Agustín Verdugo, Fernando Vega, José Ma. Gamboa, Isidro Rojas, Alfonso Lancaster Jones, Joaquín D. Casasús y otros más. *Vid. C.* p. 162.

¹⁴ En el mismo volumen conservado en Tulancingo Pallares anotó al margen de este impreso: "Esta ley es copia que me pidieron de un proyecto que le hice para San Luis". La ley está firmada en Chilpancingo el 25 de mayo de 1898 por Leopoldo Viramontes.

¹⁵ En esta ocasión, nuevamente, Pallares permite que un trabajo propio sea publicado como obra del Ministro de la Suprema Corte, licenciado Francisco Martínez de Arredondo. En la portada del impreso que se guarda en Tulancingo Pallares tachó el nombre del supuesto autor y entre paréntesis colocó la leyenda "J. Pallares, ve la siguiente página"; al hacerlo, el lector encuentra la siguiente nota "Este Estudio es obra del licenciado J. Pallares, véase la página 47". Al remitirnos a dicha página encontramos la siguiente frase cuyas iniciales estaban subrayadas con tinta: "personificaciones artificiales, llegar a reconocer en semejantes...", al margen: "Pallares". La misma clave fue otra vez utilizada para comprobar la paternidad del escrito.

en la misma escuela de Derecho Mercantil y Derecho Civil. Miembro correspondiente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, autor de "El Poder Judicial", de "El Derecho Mercantil", de "Las Conferencias y Lecciones de Derecho Constitucional" y de otras obras premiadas por el Colegio de Abogados de México. México. Imprenta, Litografía y Encuadernación de I. Paz, 2 vols. BELD, BIII, BEPG, BCW, BSCJN.

29. 1901 *El artículo 2852 del Código Civil ante el criterio de un Juez de Distrito*. México. Imprenta "La Española", 1901. BCT.¹⁶

30. 1901 *Homicidio cometido en legítima defensa. Demanda de Amparo presentada ante el juzgado de Distrito del Estado contra la sentencia de la 1a. Sala del Supremo Tribunal de Justicia que declaró responsable al señor don Juan Araujo de homicidio calificado*. San Luis Potosí. Tipografía de la Escuela Industrial Militar, dirigida por Aurelio B. Cortés, 27 págs. BCT.^{16 bis}

31. 1901 *Naturaleza del Cheque Mexicano*. México. Imprenta de Francisco Díaz de León. BCT, BCEHM.¹⁷

32. 1901 *Homicidio causado en legítima defensa. Amparo Juan Araujo. Memorandum presentado por los licenciados Alfredo Flores y Luis Gutiérrez Otero*. México. Tip. y Lit. "La Europea", de J. Aguilar Vera y Comp. BCT.^{17 bis}

33. 1901 *Apuntes de Alegato, a la Suprema Corte de Justicia. Las sentencias arbitrales son actos de autoridad*. México. Octubre. s/e. BCT.¹⁸

34. 1902 *¿El Cheque Mercantil sirve para purificar o revalidar las obligaciones nulas o ilícitas?* México. Imprenta de Francisco Díaz de León, 16 págs. BCT, BCW.¹⁹

¹⁶ Cfr. Pp. año 1902. En el ejemplar de Tulancingo Pallares anotó: "La S. Corte por unanimidad revocó el estúpido fallo a que alude este alegato".

^{16 bis} En el volumen citado el impreso lleva la siguiente nota manuscrita "Este alegato es todo de Pallares".

¹⁷ Cfr. Pp. año 1901.

^{17 bis} En la portada del impreso conservado en la Catedral de Tulancingo se anotó en forma manuscrita "Este alegato desde la página 34 es de J. Pallares". Al margen de dicha página, al comenzarse a tratar la 3a. violación a las garantías individuales del asunto en cuestión, se encuentran las siguientes notas manuscritas: "Desde aquí es del licenciado Pallares" y "Todo esto es de Pallares", hasta la p. 41, última del folleto.

¹⁸ Cfr. Pp. año 1915. El impreso conservado en la Catedral de Tulancingo lleva la firma autógrafa de J. Pallares.

¹⁹ Cfr. Pp. año 1958.

35. 1903 *Un auto de formal prisión del ciudadano juez 3o. correccional, licenciado Eugenio Esquerro*. México. Luis G. Falco, 30 págs. BN.
36. 1903 *Estudio. ¿Puede un deudor ceder sus obligaciones sin consentimiento del acreedor? ¿Adquirir derechos por cesión es lo mismo que contraer obligaciones? ¿Las obligaciones personales son derechos reales?* México. La Iberia, 55 págs. BN, BCW
37. 1903 *Brunschwig —Versus— Marquard. Mercantilidad del Contrato de Seguros. Mercantilidad del mandato, diferencia entre contrato de mandato y contrato de prestación de servicios. Informe en estrados del Lic. . . y sentencia de la 3a. Sala del Superior Tribunal de Justicia del Distrito*. México. Talleres de Ramón de S.N. Araluce, 56 págs. BCT, BCW.
38. 1904 *Historia del Derecho Mexicano. Fragmentos de la obra intitulada: Curso completo de derecho mexicano o Exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana*. Reimpresa con permiso del autor. México. Secretaría de Fomento, 160 págs. BN, BEPG, BMLT.
39. 1913 *Juicio crítico que acerca de la obra: Principios de Derecho Civil, por F. Laurent, 33 volúmenes, traducción castellana, produjo el eximio jurisconsulto licenciado don Jacinto Pallares*. Puebla. J. B. Gutiérrez, 7 págs. BN.²⁰

IV. EN PUBLICACIONES PERIÓDICAS

- 1872 "Soledad de María". Soneto. *La Sociedad Católica*, tomo VI, p. 180. Val.
- 1872 "Recuerdo Filial". Poesía. *La Sociedad Católica*, tomo VII, p. 62. Val.
- 1874 "El Poder Judicial". *El Publicista* tomo I, n. 6, 22 de octubre.²¹
- 1874 "Administración de Justicia". *El Porvenir*, No. 103, 1o. de marzo y 2, 7 y 13 de abril. HN.²²
- 1874 "La moneda y las contraseñas de las tiendas". *El Porvenir*, No. 143, 17 de junio. HN.
- 1875 "El Poder Judicial o tratado completo de la organización y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana, Contestación del licenciado Jacinto Pallares a las ligeras indicaciones que

²⁰ Cfr. *supra* No. 7 bis y Pp. año 1890.

²¹ Vid. *supra* No. 1 bis e *infra* Pp. año 1875 y 1889.

²² Vid. *infra*, Pp. año 1882.

- sobre la misma obra ha publicado en *El Foro* el señor licenciado Blas Gutiérrez". *El Porvenir*, Nos. 348, 352, 357, 361 y 365. 19 y 24 de marzo, y 2, 7 y 13 de abril. HN.²³
- 1875 "Delitos de imprenta". *El Publicista* tomo III, n. 1, julio.
- 1876 "Importancia comparativa del estudio del Derecho Romano y de los principios de legislación. Disertación leída por el señor Lic. . . , en el Colegio de Abogados, la noche del 18 de marzo del corriente". *El Foro*, tomo VI, Nos. 59 al 64. 29, 30 y 31 de marzo; 1o., 4 y 5 de abril; y en *La Ciencia Jurídica. Disertaciones*, tomo III, 1903, pp. 5 y ss.²⁴
- 1876 "Un dilema". *El Foro*, tomo VII, No. 37, 23 de agosto.
- 1876 "Apuntes". *El Foro*, No. 39, 25 de agosto.
- 1877 "El Juramento". *El Foro*, 2a. época, tomo II, No. 4, 6 de julio.
- 1877 "El amparo de Morelos". *El Foro*, Nos. 49, 52 y 57. 7, 12 y 19 de septiembre.
- 1877 "Los derechos del hombre". *El Foro*, No. 37, 22 de agosto.
- 1877 "Juegos Prohibidos". *El Foro*, No. 34, 18 de agosto.
- 1877 "Garantías Constitucionales". *El Foro*, Nos. 2 y 3. 4 y 5 de julio.
- 1877 "La ley, el ejecutivo y la Suprema Corte". *El Foro*, No. 5. 7 de julio.
- 1877 "La ley y la Suprema Corte". *El Foro*, Nos. 10, 11 y 12. 14 de julio y ss.
- 1877 "Estudios de Derecho en general". *El Foro*, 2a. época, tomo II, Nos 30, 34, 36, 37, 43 y 46. 11, 18, 21, 22 y 30 de agosto y 4 de septiembre.
- 1879 "Excepción de cosa juzgada". *El Foro*, 2a. época, tomo VI, Nos 23, 25, 27, 28, 30, 32, 34, 36, 37, 38 y 39. 31 de julio; 2, 6, 7, 9, 13, 15, 20, 21, 22 y 23 de agosto; y en *Foro de México*, Nos. 10 y 11, enero y febrero de 1954, *passim*.
- 1879 "Interdicto de recuperar". *El Foro*, 2a. época, Nos. 116, 117 y 118. 17, 18 y 19 de diciembre y en *Foro de México*, No. 10, 1o. de enero de 1954, pp. 30 y ss.; No. 11 de 1o. de febrero de 1954, pp. 87 y ss.^{24 bis}
- 1879 "Cuadro sinóptico de las lecciones orales que se han dado en la clase de principios de legislación, a cargo del C. Profesor. . . , el año 1879, cuyo cuadro lo han formado los alumnos de la misma clase:

²³ Vid. *supra* No. 1 bis, Pp. año 1874 e *infra* 1889.

²⁴ Vid. *supra* No. 2.

^{24 bis} Vid. *infra* Pp. año 1881.

Lauro Barra, Eduardo Prado y Alonso Rodríguez Miramón", *El Foro*, 2a. época, No. 68, 7 de octubre.

1880 "El Jurado". *El Foro*, 2a. época, tomo VII, Nos. 4, 7, 10 y 14, 8, 13, 16 y 22 de enero.

1880 "Las dos Constituciones". *El Foro*, 2a. época, tomo VII, No. 51, 16 de marzo.

1880 "El Jurado y las cuestiones periciales". *El Foro*, 2a. época, tomo VIII, No. 28, 7 de agosto.

1880 "El Senado y la empresa de ferrocarril de Veracruz". *El Foro*, 2a. época, tomo VIII, Nos. 105, 108 y 114, 30 de noviembre, 3 y 14 de diciembre.

1880 "Los comentarios sobre la Novísima Legislación...". *El Foro*, 2a. época, tomo VIII, Nos. 87, 89, 93, 94, 123 y 124 de noviembre y diciembre.

1881 "Apuntes del informe del Lic...., ante la primera Sala del Superior Tribunal, en un recurso de súplica en que se ventilaba la cuestión de si es válida una donación no aceptada, aunque esa donación sea por causa de dote". *El Foro*, 2a. época, tomo XVI, Nos. 80, 92, 94, 96 y 98, 14, 18, 20, 24 y 26 de mayo, y en *La Ciencia Jurídica, Sección de Oratoria Forense*, tomo III, 1901 p. 402.

1881 "Apuntes de informe del Lic...., en el interdicto de recuperar, promovido por la señora Montañón de Larrauri, contra varios vecinos de los pueblos de la municipalidad de Tlalpan". *El Foro*, 2a. época, tomo IX, Nos. 7, 18, 21, 22 y 59 a 65, 12 de enero y ss.

1881 "Un decreto anticonstitucional". *El Foro*, 2a. época, tomo XVI, No. 83, 4 de mayo.

1882 "Incompetencia de Origen. Inteligencia del artículo 16 de la Constitución. Estudio del Lic....". *El Foro*, 2a. época, tomo XVIII, Nos. 16 a 23, 25, 26, 27, 28 y 31 de enero, 1, 2 y 4 de febrero.²⁶

1882 "Apuntes del informe del Lic...., en el Juicio seguido por don Espiridión Hernández y Dávalos contra don Ignacio Serna". *El Foro*, 2a. época, tomo XVIII, Nos. 40, 41, 43, 45 y 46, 2, 3, 7, 9 y 10 de marzo.

1882 "Apuntes de informe que en el recurso de casación interpuesto por la señora doña Matilde Benfield de Monterde en el juicio ejecutivo seguido contra don Juan Manuel Benfield, presentó el Lic....". *El Foro*, 2a. época, tomo XIX, Nos. 12 a 17, 18 de julio y ss.

²⁵ Vid. *supra* No. 4.

1882 "Documentos jurídicos relacionados al juicio seguido por la señora Benfield de Monteverde". *El Foro*, 2a. época, tomo XIX, No. 18, 26 de julio.

1882 "La Administración de Justicia". *El Foro*, 2a. época, tomo XIX, Nos. 56, 59 y 60, 20, 23 y 26 de septiembre.²⁶

1883 "La Unidad Oratoria. Tesis que en cumplimiento del artículo 133 del reglamento de la Escuela de Jurisprudencia tuvo la honra de presentar el Lic...., como opositor a la cátedra de Literatura y Eloquencia Forense, el 19 de noviembre de 1883". *El Foro*, 2a. época, tomo XXI, Nos. 104 al 107 y 113, 28 de febrero ss., y en *Foro de México*, No. 28, 1o. de mayo de 1953, pp. 32 y ss.

1884 "Discurso pronunciado por el Lic...., en la Escuela de Jurisprudencia al inaugurarse los estudios del año escolar de 1884". *El Foro*, 2a. época, tomo XXIV, No. 64, 5 de abril.²⁷

1885 "Cátedra de oratoria forense en la Escuela Especial de Jurisprudencia a cargo del Lic....". *El Foro*, 2a. época, tomo XXV, Nos. 42, 43 y 44, 25 de agosto y ss.

1887 "Jesucristo y el arte literario. Discurso pronunciado por el Lic...., profesor de Oratoria Forense en la Escuela de Jurisprudencia de México, al inaugurarse el 19 de enero de 1887, el curso del año escolar". *El Foro*, 2a. época, tomo XXVIII, Nos. 25 al 27, 8 de febrero y ss. En *Revista de Ciencias Sociales*, tomo II, No. 3, octubre de 1925, pp. 121-133; en *Foro de México*, No. 5, 1o. de agosto de 1953, pp. 45 y ss.; en Cayetano Andrade *Antología de Escritores Nicolaitas*, México, s/e., 1941, pp. 163-168 y México, s/e., 1953, 15 págs.

1887 "Servidumbres-Interdictos. Ventanas en pared propia. Apuntes de alegato del licenciado Jacinto Pallares por don Manuel Gómez en el juicio de interdicto de obra nueva que sigue con don Esteban Issusi en el juzgado 2o. de lo civil". *La Escuela de Jurisprudencia*, tomo I, pp. 93-113, y en *La Ciencia Jurídica. Sección Doctrinal*, tomo IV, 1900, pp. 630-695.

1887 "Discurso del licenciado Jacinto Pallares, recitado por el joven estudiante Jesús Urueta, la noche del 18 de febrero de 1888, en la solemne distribución de premios de las Escuelas Nacionales, presidida por el ciudadano Presidente de la República". *La Escuela de Jurisprudencia*, tomo I, pp. 301-307.

²⁶ Vid. *supra* Pp. año 1874.

²⁷ Vid. *supra* No. 5.

- 1887 "De las leyes". *La Escuela de Jurisprudencia*, tomo I, passim.
- 1887 "Programa". *La Escuela de Jurisprudencia*, tomo I, pp. 1-5.
- 1889 "Motivos de las reformas al plan de estudios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo I, enero-julio, pp. 61 y ss.²⁸
- 1889 "El Poder Judicial. Organización, competencia y procedimientos de todos los tribunales de la República". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo I, enero-junio, passim y tomo II, agosto-diciembre, pp. 245 y ss.²⁹
- 1890 "La legislación federal en sus relaciones con el derecho civil mexicano". Disertación presentada en el 1er. Certamen del Colegio de Abogados. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IV, julio-diciembre, pp. 614 y ss.; y en el tomo XXXI, julio-diciembre de 1906, pp. 362 y ss.
- 1890 "Confusión". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IV, julio-diciembre, passim.
- 1890 "Los atentados judiciales ante las garantías constitucionales. Estudio sobre los artículos 16 y 17 de la Constitución". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IV, julio-diciembre, pp. 49 y ss.³⁰
- 1890 "Los contratos solemnes. Interpretación legal. Antecedentes históricos. Aplicaciones". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo III, enero-julio, passim; en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo VII, Nos. 25-28, enero-diciembre de 1945; y en Daniel Moreno *El Pensamiento Jurídico Mexicano*. 2a. ed. México, Porrúa, 1980.
- 1890 "La enseñanza oficial en sus relaciones con la religión, la filosofía y la ciencia". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IV, julio-diciembre, pp. 214 y ss.³¹
- 1890 "Prólogo a la edición mexicana de los Principios de Derecho Civil, por F. Laurent". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo III, enero-julio, pp. 296 y ss.; y en *Anuario de Legislación y Jurisprudencia. Sección de Jurisprudencia y Estudios de Derecho*, tomo VII, p. 51.³²
- 1891 "Derecho de Propiedad". *Anuario y Revista de Legislación y Jurisprudencia, Sección de Estudios de Derecho*, año VIII. México. 1891, p. 64.

²⁸ Vid. supra No. 7.

²⁹ Vid. supra No. 1^{bis}, y Pp. años 1874 y 1875.

³⁰ Vid. supra No. 8.

³¹ Vid. supra No. 6.

³² Vid. supra Nos 7 bis y 39.

- 1893 "Conferencias y estudios de derecho constitucional". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo V, julio-diciembre, passim.³³
- 1893 "La autoridad marital. Sentencia. Informe". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo V, julio-diciembre, passim.
- 1894 "Conferencias y lecciones sobre derecho constitucional". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VI, enero-junio,³⁴ passim.
- 1894 "Discurso del señor Lic...., en representación del Nacional Colegio de Abogados de México, recitado por el señor licenciado Carlos Saavedra, en la velada fúnebre que en honor del señor licenciado Vallarta tuvo lugar el 9 de enero de 1894, en el Salón de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión". *El Derecho*, 3a. época, tomo V, No. 3, pp. 33-38, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VI, enero-junio, pp. 97 y ss.; y en *El Foro*, 2a. época, tomo XLII, No. 46.
- 1894 "Conferencias y lecciones de derecho constitucional". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VII, julio-diciembre, pp. 556 y ss.³⁵
- 1894 "Discurso pronunciado en defensa del Diputado F. Romero, ante el Gran Jurado Nacional". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VII, julio-diciembre, pp. 397 y ss.
- 1895 "Las personas morales no pueden ser legalmente difamadas. Los comentarios que se hacen al balance de una sociedad anónima no son difamatorios". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VIII, enero-junio, passim.
- 1895 "Discurso pronunciado por el señor Lic...., en la sesión del día 22 de febrero de 1895". *El Derecho*, 3a. época, tomo VI, pp. 133-136; y en *El Foro*, tomos XLIV y XLV, 29 de junio y 2 de julio.
- 1895 "El Estado y la Instrucción Pública". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IX, México, pp. 112-148, y en *Foro de México*, No. 15, 1o. de junio de 1954, pp. 50 y ss.; y Nos. 49 y 50, 10 de abril y 1o. de mayo de 1957, passim.³⁶
- 1895 "Sociedades Mineras...". *Anuario de Legislación y Jurisprudencia, Sección estudios de Derecho*, año XII, México, p. 8.
- 1895 "Aguas. Consulta del señor Lic... a don Ignacio Torres Adalid". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IX, julio-diciembre, pp. 7 y ss.

³³ Vid. supra No. 12.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Vid. supra No. 14.

1895 "Amparo constitucional solicitado por don Ignacio Gallardo contra una sentencia del Tribunal de Chihuahua. Informe del Lic. D. . . ante la Suprema Corte". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IX, julio-diciembre, pp. 348 y ss.

1895 "Iniciativa de reforma del artículo 23 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, presentado a la XXVIII Legislatura del Estado de Nuevo León, por los CC. Diputados Carlos Berardi, Margarito Garza y R. Treviño". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, año IX, julio-diciembre, pp. 232 y ss.³⁷

1895 "Las personas morales. 1a. Conferencia". *El Derecho*, 3a. época, tomo VI, No. 6, 15 de febrero, pp. 85 y ss. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VIII, enero-junio, pp. 201 y ss. *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, Año XI, Sección Estudios de Derecho, Año 1895, pp. 59 y ss.

1895 "Segunda Conferencia", *El Derecho*, 3a. época, tomo VI, No. 18, 15 de mayo. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VIII, enero-junio 1895, pp. 350 y ss. *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, Año XI, Sección Estudios de Derecho, pp. 71 y ss. *El Foro*, tomo XLV, No. 62, 63, 64 y 65. 28 de septiembre y ss. Ambas en *Foro de México*, Nos. 42 a 45, septiembre-diciembre, 1956, passim.

1896 "Las personas morales", 3a. Conferencia. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XI, julio-diciembre, pp. 416 y ss. *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, Año XIII, pp. 474 y ss., y en *Foro de México*, loc. cit., 1956.

1897 "Alegato jurídico por el Lic. . . ., apoderado judicial de don Santiago Brent, en la revisión del amparo promovido por don Isidro Aguayo, contra la sentencia de la 3a. Sala del Tribunal Superior de Sonora, en un juicio sobre rectificación de pertenencias mineras". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XII, enero-junio, pp. 207 y ss.³⁸

1897 "Discurso del señor licenciado don Jacinto Pallares sobre la cuestión de las personas que pueden entablar el recurso de amparo". *La Ciencia Jurídica. Sesiones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*, tomo I, sesiones de 1894, pp. 616-633.

1897 "Apuntes de alegato presentados ante la 4a. Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal por el señor licenciado don Jacinto Pallares sobre nulidad de un juicio y sentencia contra el señor Clement

³⁷ Cfr. Jacinto Pallares. *Historia*, p. 15 in fine.

³⁸ Cfr. *infra* Pp. año 1898 y 1899.

Manuel". *La Ciencia Jurídica. Sección de Oratoria Forense*, tomo I, pp. 427-487.

1897 "Discurso del señor licenciado don Jacinto Pallares sobre si las corporaciones pueden impetrar el recurso de amparo". *La Ciencia Jurídica. Sesiones de la Academia*. . . tomo II, sesiones de 1895, pp. 297-322.

1897 "Discurso del señor licenciado don Jacinto Pallares sobre la clasificación jurídica del contrato minero entre el dueño y el trabajador". *La Ciencia Jurídica. Sesiones de la Academia*. . . tomo II, sesiones de 1895, passim.

1897 "Cuestiones constitucionales. La posesión de inmuebles y la disposición de frutos". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIII, julio-diciembre, pp. 380 y ss.

1897 Con Tomás Reyes Retana, "Reformas al plan de estudios de la Escuela de Jurisprudencia". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIII, julio-diciembre, pp. 467 y ss.; y en *El Foro*, tomo L, Nos. 8 y 9. 14 y 15 de enero de 1898.

1898 "Rectificación de pertenencias mineras (Alegato del señor Lic. . . ., a nombre del señor Santiago Brent). *El Derecho. Sección Doctrinal*, 5a. época, tomo II, pp. 453-480.³⁹

1898 "Ley sobre fundaciones y asociaciones de beneficencia e instrucción pública en el Estado de Coahuila. Exposición y texto por el señor licenciado Jacinto Pallares". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XV, julio-diciembre, pp. 433 y ss.; y en *La Ciencia Jurídica. Sección Doctrinal*, tomo III, 1899, pp. 211-267.⁴⁰

1898 "La garantía de la audiencia judicial". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIV, enero-junio, pp. 295 y ss.⁴¹

1899 "Posesión de servidumbres y medios para defenderla". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XVI, enero-junio, pp. 176 y ss.⁴²

1899 "Alegato presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a nombre del señor Santiago Brent, en el juicio de amparo promovido por don Isidro A. Aguayo. (Alegato de D. . . a nombre del señor Santiago Brent), *El Derecho*, tomo II, 5a. época, No. 19, noviembre.⁴³

³⁹ Cfr. *supra* Pp. año 1897 y 1899.

⁴⁰ Vid. *supra* No. 21.

⁴¹ Vid. *supra* No. 18 e *infra* Pp. año 1954.

⁴² Cfr. *infra* Pp. año 1953.

⁴³ Cfr. *supra* Pp. año 1897 y 1898.

1900 "La moral. Discurso pronunciado por el licenciado D...., en el acto de la apertura de las clases del año escolar de 1900 en la Escuela Nacional de Jurisprudencia". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XVIII, julio-diciembre, pp. 211 y ss.; y en *Foro de México*, Nos. 38, 39 y 40, 1o. de junio y 1o. de julio de 1956, passim. *In Memoriam. Jacinto Pallares*, México. Imprenta de José Ignacio Durán y Cía. 1910.

1901 "Alegato del señor licenciado Jacinto Pallares por don Francisco Bustillos (Interdicto de obra nueva contra el gobierno de la Unión). *La Ciencia Jurídica. Sección Doctrinal*, tomo V, pp. 122-176.⁴⁴

1901 "Naturaleza del Cheque Mexicano". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XX, julio-diciembre, pp. 156 y ss.; y en *El Derecho. Sección Doctrinal*, tomo IV, 1901, pp. 448-472.⁴⁵

1902 "La enseñanza profesional debe ser gratuita. Dictamen presentado a la Junta de Profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXII, julio-diciembre, pp. 473 y ss.; y en *Foro de México*, No. 8, 1o. de noviembre de 1953, pp. 20 y ss.; y No. 9, 1o. de diciembre, pp. 46 y ss.;

1902 "El artículo 2852 del Código Civil". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXII, julio-diciembre, pp. 543 y ss.⁴⁶

1903 "Negocio 'Mexican Land and Colonization Company' vs. Eulogio Romero. Escrito interponiendo el recurso de casación". *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXV, julio-diciembre, pp. 280 y ss.

1904 "Programa de enseñanza bajo el cual se dará el 'Segundo Curso de Derecho Civil' en la Escuela de Jurisprudencia en el año entrante de 1905". *Boletín de Instrucción Pública*, tomo IV, 1904, pp. 167 y ss. HN.

1904 "Programa. Cátedra de Derecho Mercantil y leyes civiles no codificadas". *Boletín de Instrucción Pública*, tomo IV, 1904, pp. 176 y ss. HN.

1915 "Consulta sobre juicio arbitral". *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, 1a. época, tomo I, pp. 36 y ss.⁴⁷

1916 "Observaciones sobre diversas materias que son objeto de la carrera de la abogacía". *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, 1a. época, tomo I, pp. 236 y ss.⁴⁸

⁴⁴ Vid. supra No. 20.

⁴⁵ Vid. supra No. 31.

⁴⁶ Vid. supra No. 29.

⁴⁷ Vid. supra No. 33.

⁴⁸ Vid. infra. Pp. años 1943 y 1954.

1943 "El plan de estudios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en el año de 1901". *Aspectos del Pensamiento Michoacano*. México. Gobierno del Estado de Michoacán, pp. 216-237; y en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXX, No. 113, mayo-agosto de 1979.⁴⁹

1953 "Las servidumbres y las acciones posesorias". *Foro de México*, No. 6, 1o. de septiembre, pp. 36 y ss.⁵⁰

1953 "Feminismo y feminidad". *Foro de México*, No. 3, 1o. de junio, pp. 29 y ss.

1954 "Antecedentes históricos de la garantía de previa audiencia judicial". *Foro de México*, No. 18, 1o. de septiembre, pp. 3 y ss.⁵¹

1954 "La responsabilidad de los socios en las sociedades en nombre colectivo". *Foro de México*, No. 17, 1o. de agosto, pp. 35 y ss.

1954 "El valor sociológico y jurídico del Fuego Juzgo". *Foro de México*, No. 14, 1o. de mayo, pp. 50 y ss.

1954 "La evolución del matrimonio". *Foro de México*, No. 13, 1o. de abril, pp. 51 y ss.

1954 "Prescripción de la acción hipotecaria". *Foro de México*, No. 12, 1o. de marzo, pp. 42 y ss.

1954 "Opinión del juriconsulto Jacinto Pallares sobre el doctorado en Derecho". *Foro de México*, No. 11, 1o. de febrero, pp. 24 y ss.⁵²

1954 "El Derecho imperial romano". *Foro de México*, No. 21, 1o. de diciembre, pp. 3 y ss.; y 22, 1o. de enero de 1955, pp. 18 y ss.

1955 "El bimetalismo". *Foro de México*, Nos. 28, 29, 30 y 31, 1o. de julio, 1o. de agosto, 1o. de septiembre y 1o. de octubre, passim.

1955 "Tecnicismo jurídico". *Foro de México*, No. 27, 1o. de junio, pp. 25 y ss.

1955 "El Derecho romano en su origen". *Foro de México*, No. 25, 1o. de abril, pp. 34 y ss.

1956 "La importancia del estudio del Derecho romano". *Foro de México*, No. 41, 1o. de agosto, pp. 57-59.⁵³

1958 "El cheque mercantil no revalida las obligaciones ilícitas". *Foro de México*, No. 62, 1o. de mayo, pp. 23 y 34. (Abril 1902).⁵⁴

⁴⁹ Vid. Pp. años 1916 y 1954. "Opinión..." El original manuscrito de este estudio se encuentra en el citado volumen conservado en la biblioteca de la Catedral de Tulancingo bajo el título "El proyecto de Justo Sierra sobre el plan de estudios en la Escuela de Jurisprudencia".

⁵⁰ Cfr. supra Pp. año 1899.

⁵¹ Vid. supra No. 18 y Pp. año 1898.

⁵² Vid. supra Pp. 1916 y 1943.

⁵³ Vid. supra No. 2 y Pp. año 1876.

⁵⁴ Vid. supra No. 34.

1959 "Derecho civil romano y cristianismo". *Foro de México*, No. 75, 1o. de junio, pp. 14 y ss.

V. REFERENCIAS NO PRECISADAS

"Amparo constitucional contra la ejecución privada de un contrato". EP.

"El robo de la electricidad". EP.

"Consulta al señor García Letona sobre las sentencias nulas y las competencias de orden público". EP.

"Consulta en el negocio Mayes-Otero". EP.

"Consultas sobre diversas cuestiones de derecho civil (filiación y testamentos) en el asunto Tomás Pacheco". EP.

"La degradación del Juicio de Amparo", inédito. EP, Pas.

"Estudio sobre el régimen jurídico de las aguas en México". Pas.⁵⁵

"Estudio sobre las acciones procesales y el Derecho romano". Pas.

"Naturaleza jurídica del contrato de seguros". Pas.

"La Ley eterna". Pas.

"Historia inédita e incompleta del Derecho Constitucional Mexicano". Pas.

"El principio de la no retroactividad de las Leyes". EP.

"Código de Beneficencia privada para el Estado de Chiapas". Val.

"Responsabilidad oficial del señor Juez Tercero de lo Criminal". EP.

VI. FUENTES

BECERRA, Belisario. "El maestro Jacinto Pallares". *Los Tribunales*, tomo I, No. 8, 15 de enero de 1924. BELD.

BONAVIT, Julián. *Fragmentos de la Historia del Colegio Primitivo y Nacional de San Nicolás de Hidalgo*. Morelia, Departamento de Extensión Universitaria, 1940. B. Col. Mich.

BRAVO UGARTE, José. *Historia sucinta de Michoacán. III Estado y Departamento (1821-1962)*. México, Jus, 1964. (México Heróico 36). BDCV.

BUITRÓN, Juan B. *Apuntes para servir a la historia del Arzobispado de Morelia*. México, s/e., 1948. B. Col. Mich.

COSÍO VILLEGAS, Daniel. *Historia Moderna de México. El Porfiriato*.

⁵⁵ Puede tratarse de la consulta solicitada por el señor Ignacio Torres Adalid. Cfr. *supra* Pp. año 1895.

Vida Política interior. Primera parte. México, Hermes, 1970; Segunda parte, 1972. B. Col. Mich.

— *Historia Moderna de México. La República Restaurada. La vida política*. México, Hermes, 1955. B. Col. Mich.

CRUZADO, Manuel. *Bibliografía Jurídica Mexicana*. México, Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, 1905. BELD.

DOMÍNGUEZ, J. Guillermo. *Refutación del alegato jurídico del señor Lic. J. Pallares, por el Lic. . . y ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo relativo al asunto minera El Herrero. La Casita y Las Demasías*. México, La Europea, 1897. BN.

"El señor licenciado don Jacinto Pallares". *Boletín de la Escuela de Jurisprudencia de Michoacán*. Año 5, No. 1, enero 1905. B. Col. Mich.

"El Ministro de Justicia e Instrucción Pública". *La Escuela de Jurisprudencia*, tomo II, No. 11, 10 de noviembre de 1888. BELD.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. *Memorias*, Ms. inédito. BDCV.

FERNÁNDEZ MACGREGOR, Genaro. *Río de mi sangre*. México, F.C.E., 1976. BELD.

"Funerales del señor licenciado Jacinto Pallares". *Anales de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. Año escolar de 1904, pp. 332-344. BELD.

GARCÍA NARANJO, Nemesio. *Memorias de Nemesio García Naranjo*, tomo III. *La vieja Escuela de Jurisprudencia*. Monterrey, Talleres de "El Porvenir", s/f. BELD.

GARCÍA RIVAS, Heriberto. "Un día como hoy. 2 de diciembre, murió Jacinto Pallares, Jurisconsulto", *Excelsior*, 2 de diciembre de 1965. HN.

GODOY, José F. *Enciclopedia biográfica de contemporáneos*. Washington, Establecimiento Tip. de Thos W. Cadik, 1898. Parte 1a. BN.

GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés. *Historia Moderna de México. El Porfiriato. La vida social*. 3a. ed., México, Hermes, 1973. B. Col. Mich.

GUERRA, François Xavier. *México: del antiguo Régimen a la Revolución*. México, F.C.E., 1988, 2 vols. B. Col. Mich.

GUTIÉRREZ FLORES ALATORRE, Blas José. *Apuntes sobre los fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la República y sobre las más importantes disposiciones del derecho marítimo, internacional y administrativo, relacionadas con aquéllos*. Imp. J.M. Aguilar Ortiz, México, 1876-1878, 4 vols. BELD.

"Homenaje a Jacinto Pallares". *La Semana Ilustrada*. 10 de febrero de 1914. HN.

- "Homenaje. Jacinto Pallares". *Revista de Derecho*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad Michoacana, No. 2, junio-julio de 1959, pp. 6-14. B. Col. Mich.
- JIMÉNEZ, Eliseo. "Discurso pronunciado por el señor Coronel... en el Homenaje a la memoria del señor licenciado Jacinto Pallares, el día 11 de septiembre de 1960 en el aula Jacinto Pallares de la Facultad de Derecho de la UNAM". *Foro de México*, No. 91, 1o. de octubre de 1960 y en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, No. 5, septiembre-octubre 1965. HN.
- LEDUC, Alberto, Luis Lara y Carlos Roumagnac. *Diccionario de Geografía, Historia y Biografía Mexicanas*. México-París, Librería de la Viuda de C. Bouret, 1910, B. Col. Mich.
- LEÓN, Nicolás. *Hombres ilustres michoacanos. Galería fotográfica y apuntes biográficos*. Morelia, Imp. del Gobierno, a cargo de José R. Bravo, 1884. (Morelia, Centro de Estudios sobre la Cultura Nicolaita, 1980. Biblioteca de Nicolaitas Notables 2). B. Col. Mich.
- MARTÍNEZ DE LEJARZA, Juan José. *Análisis estadístico de la Provincia de Michoacán en 1822*. Introducción y notas de Xavier Tavera Alfaro. Morelia, Fimax Publicistas, 1974. B. Col. Mich.
- MARTÍNEZ POZO, Fernando. *Indaparapeo. Historia, personajes y tradiciones*. Morelia, Balsal Editores, 1988. B. Col. Mich.
- PALLARES, Eduardo. "La personalidad de Jacinto Pallares". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VI, No. 22, abril-junio 1956; en *Foro de México*, No. 41, 1o. de agosto de 1956 y en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, No. 5, septiembre-octubre de 1965. BELD.
- "En defensa de Jacinto Pallares". *La Justicia*, No. 138, 30 de octubre de 1939, pp. 4153-4155. BELD.
- "Discurso pronunciado en la ceremonia celebrada por la Asociación Jacinto Pallares el día diez del presente para conmemorar el natalicio del epónimo de la Asociación". *El Universal*, 12 de septiembre de 1961. HN.
- *In Memoriam. Licenciado Jacinto Pallares*. México, José Ignacio Durán, 1910. BN.⁵⁶
- "Jacinto Pallares", *La Justicia*, tomo XXVII, No. 314, junio de 1956, pp. 12527-12528. BELD.

⁵⁶ Esta obra salió impresa sin el nombre de su autor, sin embargo, en la relación que de sus obras hizo Eduardo Pallares en el folleto titulado *Mensaje de Navidad*, México 1966, p.[6] aparece como suya. Debo el esclarecimiento de este dato a mi amigo Jaime Ortiz Pallares.

- PASQUEL, Leonardo. "Jacinto Pallares". En Daniel Moreno *Grandes Juristas Mexicanos*. México, Editorial Pax-México, 1979; y en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, No. 25-28, enero-diciembre de 1945. BELD.
- Poesías y discursos pronunciados en la velada que para honrar la memoria del eminente jurisconsulto don Jacinto Pallares, organizaron los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia la noche del 31 de marzo de 1905*. México, La Europea, 1905. BN.
- PUENTE, Ramón. *La dictadura, la revolución y sus hombres*. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985. BELD.
- RAMOS PEDRUEZA, Antonio. *Discurso leído por el señor Licenciado... En la velada que en honor del señor Licenciado Jacinto Pallares organizaron los estudiantes de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. México, Imprenta del Gobierno Federal, 1905; y en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXVIII, enero-junio de 1905, pp. 259 y ss. BELD.
- "Sección bibliográfica. Derecho Mercantil Mexicano, por el licenciado Jacinto Pallares...", *El Derecho*, 3a. época, tomo III No. 6 y 10, 6 de febrero y 5 de marzo de 1892. BELD.
- REYES, Alfonso. "Pasado inmediato". *Obras completas*, t. XII. México, F. C. E., pp. 182-216.
- REYES, Rodolfo. "Para un anecdotario sobre Jacinto Pallares", *La Justicia*, No. 64, octubre 31 de 1935, pp. 1207-1208. BELD.
- ROMERO, José Guadalupe. *Noticias para formar la Historia y la Estadística del Obispado de Michoacán*. Presentadas a la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística en 1860. México, Imprenta de Vicente García Torres, 1862. B. Col. Mich.
- ROMERO FLORES, Jesús. *Apuntes para una bibliografía geográfica e histórica de Michoacán*. México, Monografías Bibliográficas Mexicanas, MCMXXXII. B. Col. Mich.
- *Diccionario michoacano de Historia y Geografía*, 2a. ed., México, s/e., 1972. B. Col. Mich.
- *Historia de la educación en el Estado de Michoacán*. México, Publicaciones del Museo Pedagógico Nacional, 1950. B. Col. Mich.
- RUIZ, Eduardo. *Historia de la Guerra de Intervención en Michoacán*. Morelia, Balsal Editores, 1969, B. Col. Mich.
- SODI PALLARES, Ernesto. "A la memoria del señor licenciado Jacinto Pallares". Discurso pronunciado en la Asociación Jacinto Pallares el día 11 de septiembre del año en curso en el aula Jacinto Pa-

- llares de la Facultad de Derecho. *Foro de México*, Nos. 112-113 julio-agosto de 1962. HN.
- TORRES, Mariano de Jesús. *Diccionario histórico, biográfico, geográfico, estadístico, zoológico, botánico y mineralógico de Michoacán por...* Morelia, 1905-1915, 3 vols. B. Col. Mich.
- *Historia civil y eclesiástica de Michoacán desde los tiempos antiguos hasta nuestros días*. Morelia, Tip. del Autor, 1914, 2 vols. B. Col. Mich.
- VALADÉS, José C. *El Porfiriato. Historia de un Régimen. El crecimiento*, 1a. reimp., México, UNAM, 1977, tomo II. BN.
- VALVERDE TÉLLEZ, Emeterio. *Bibliografía filosófica mexicana*. 2a. ed., notablemente aumentada, León, Imprenta de Jesús Rodríguez, 1913, tomo II. BN.
- VALLARTA, Ignacio L. *Cuestiones Constitucionales. Votos de... Presidente de la Suprema Corte de Justicia en los negocios más notables resueltos por este tribunal de enero a diciembre de 1881*, tomo III, México. Imprenta de Francisco Díaz de León, 1882. BELD.
- VASCONCELOS, José. *Ulises criollo*. México, F.C.E., 1982. BELD.
- "Velada que para honrar la memoria del eminente juriconsulto don Jacinto Pallares, organizaron los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y se efectuó bajo la presidencia del señor licenciado don Justo Sierra, Subsecretario de Instrucción Pública, en el Teatro Arbeu, la noche del 31 de marzo de 1905". *Anales de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. Año escolar de 1905, pp. 89-111. HN.
- VILLASEÑOR Y SÁNCHEZ, Antonio. *Parte que corresponde a Michoacán en la estadística que con el nombre de Teatro Americano, escribió D... y se imprimió en Méjico en 1748*. Morelia, Imprenta de Ignacio Arango, 1852. B. Col. Mich.

RABASA Y MOLINA ENRÍQUEZ: UN DIALOGO AUTORITARIO EN EL ORIGEN DE LA CONSTITUCIÓN

Martín DÍAZ Y DÍAZ

SUMARIO: 1. *El Proceso Constitucional Mexicano o la forja de una identidad ambigua.* 2. *Rabasa y Molina Enríquez: una convergencia involuntaria.* 3. *Perfiles de dos positivismos.* 3.1. *Los rasgos generales.* 3.2. *El instrumental darwinista.* 3.3. *Las leyes sociológicas.* 4. *Sobre el sentido de la libertad.* 5. *La población como dato heterogéneo del proceso constitucional.* 5.1. *Los márgenes políticos de la desigualdad racial.* 5.2. *El protagonismo racial.* 6. *Los aspectos añejos de la propiedad.* 6.1. *Rabasa y los afares del dismulo.* 6.2. *Molina Enríquez y la propiedad como motivo histórico central.* 7. *Dos perfiles autoritarios en la construcción del Estado Mexicano.* 7.1. *El proceso inacabado y las peculiaridades de su génesis.* 7.2. *Las perspectivas de la dictadura.* 7.3. *El rito democrático.* 8. *El arribo constitucional.* 8.1. *Las rectificaciones.* 8.2. *La nueva legitimidad.*

1. EL PROCESO CONSTITUCIONAL MEXICANO O LA FORJA DE UNA IDENTIDAD AMBIGUA

El proceso constitucional mexicano, reconocidos sus rasgos específicos, demanda para su análisis un ejercicio a la medida. Tratar nuestra Constitución sólo con la inercia doctrinal de la tradición de occidente, implica soslayar la presencia de elementos autóctonos, cuya existencia impregna de sentido e identidad al Estado y a sus expresiones jurídicas en este país.

La Constitución mexicana determina su contenido a partir de la in-crustación problemática de dos estratos normativos de procedencia dispar. Por una parte, en el texto constitucional subsiste el trazo genérico que identifica a los modernos Estados de derecho. Sin embargo, junto a las disposiciones ortodoxas del constitucionalismo clásico, se percibe la concurrencia de elementos normativos que responden a las necesidades de un proceso de reforma social, cuyo centro de activación radica fundamentalmente en el poder ejecutivo.

El bloque normativo de características modernas no fue, como se admite, producto natural de nuestro desarrollo histórico. Su implantación normativa siguió un proceso de recepción difícil, continuamente

interferido por los cambios políticos y por las necesidades emergentes de la realidad. Las Constituciones modernas, en los pueblos de pasado colonial y desarrollo tardío —como sucede en nuestro caso—, se transformaron en prescripciones tensas; su diseño contrastó continuamente con la sobrevivencia de elementos tradicionales que las convirtieron más en tierra prometida que en cauces efectivos de conducta.

La cimentación moderna que las constituciones suponen —realidad mercantil articulada, gobierno democrático de corte representativo y ejercicio político subordinado al derecho —estuvo ausente durante todo el periodo en que las instituciones de inspiración ilustrada se aclimataron en México. En realidad, brotaron como una envoltura fenoménica incongruente, que semejava un disfraz de los movimientos autoritarios de ajuste y consolidación que se suscitan en el prelude de cualquier Estado.

Por otro lado, el estrato normativo de raigambre reformista se ajusta mucho más a la vertiente histórica; traduce con fluidez las circunstancias del estado conformador. Pero, con este énfasis en las instancias públicas, distorsiona las simetrías sobre las que se construye el constitucionalismo clásico. Al bloque normativo de las reformas sociales pertenecen elementos que bien se compadecen con el estilo político de los Estados del antiguo régimen. Justo en esta ambigüedad de formas —que se convierte también en una ambigüedad de tiempos— radica el enlace entre las circunstancias materiales de una sociedad de desarrollo tardío y los principios ordenadores que mantienen la lógica constitucional de los Estados modernos.

Nuestro proceso constitucional es, entonces, un entrevero complicado de fuentes que refleja la confrontación entre modelo social y realidad histórica; que coloca en una misma línea de acción los principios liberales y sus accidentes positivistas, usados como herramientas de ajuste a las situaciones mexicanas por los juristas que escribieron a finales del siglo pasado y en los inicios del presente.

En nuestro medio es necesario distinguir entre lo que significa la práctica de las disposiciones constitucionales, es decir, el real apego de la conducta social a su sentido, de lo que es propiamente el ritual, entendido como práctica de sus formas. En esta perspectiva, es posible descubrir una tendencia que apunta a consolidar el sustrato normativo de fuente reformista como práctica eficaz, y que relega las disposiciones que concretan la modernidad importada al rango de lo simbólico.

¹ Cuadra, Héctor, "El modelo normativo de la rectoría económica del Estado 1917-1987", *Alegatos* No. 10, Rev. Cuatrimestral del Depto. de Derecho de la UAM Atzacapotzalco, 1989, pp. 34-56.

Entre el tiempo moderno de la parte ilustrada de nuestra Carta y las circunstancias tradicionales que perviven en la sociedad mexicana, actúa el Estado como vehículo de transformación, apoyando sus prácticas conformadoras, justamente en el sentido final del bloque normativo inspirado en los perfiles reformistas. El tránsito de la sociedad en el tiempo a partir del impulso de las instancias públicas, es también un trayecto malogrado de nuestra realidad política a través de los modelos constitucionales europeos y del norteamericano.

Cualquier enfoque que pretenda dar cuenta del proceso constitucional mexicano deberá partir de la ambigüedad y las tensiones que sus peculiaridades originan. Sólo por esta vía puede abrirse camino a la explicación del traslape de formas y prácticas políticas antiguas con los principios ordenadores de los modelos políticos modernos. Sólo así resulta explicable la relación del Estado fuerte con una sociedad civil en construcción permanente; la función constructora del mundo privado y la ausencia de mercado como circunstancia material que sustente la vigencia de las instituciones liberales.²

Si el bloque reformista que la Constitución contiene refleja los datos de fuentes históricas más próximas, su estudio debe anteceder en sentido y en función analítica al trabajo exegético sobre la parte moderna del texto constitucional. Las instituciones jurídicas que se incorporan a la Carta de Querétaro como consecuencia de la Revolución, implican un ajuste de los modelos constitucionales clásicos a la realidad mexicana. En verdad, son estas normas las que definen el sentido final de la Constitución en su versión práctica y, las otras, las de inspiración moderna, las que significan la referencia conceptual, siempre diferida por la acción pública, en cuanto a la actualización de su sentido.

La disposición no lineal que orienta el proceso constitucional mexicano se traduce también en un proceso de legitimación de las prácticas políticas que ha debido construirse de manera oblicua. Su trayecto se ordena contrastando la conformación autoritaria del Estado con sus fines reformistas, atemperados éstos por las sombras del control jurídico que la Constitución perfila, en remedo complicado de los modernos estados de derecho.

² Díaz y Díaz, Martín, "El Derecho económico: un nuevo espacio metodológico para la reflexión jurídica" en vol. col., *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho* (Comp. J. Witker), México, Porrúa, 1987, pp. 53-65.

2. RABASA Y MOLINA ENRÍQUEZ: UNA CONVERGENCIA INVOLUNTARIA

Expuestos los rasgos generales de los dos sustratos normativos que componen nuestro texto constitucional, cabe advertir que para el estudio del sentido y la génesis de cada uno de ellos, hemos escogido a dos autores de inicios del presente siglo: Rabasa, que aunque proscrita su obra de los reconocimientos oficiales, bien puede simbolizar el sentido técnico y moderno de la Constitución de Querétaro. Por otra parte, Molina Enríquez concreta el impulso reformador que en la Carta encontró condiciones para positivizarse. En estos dos autores se encuentran, además, sendas interpretaciones que la sociedad mexicana experimentó como disyuntiva durante el período de descomposición final del régimen porfirista. Rabasa sintetizó en sus obras el proyecto político de "los científicos". Molina Enríquez, en cambio, expresó con precisión la visión histórica que sobre la sociedad del porfiriato albergaron los "reyistas".

"Científicos" y "reyistas" se confrontaron como núcleos antagónicos de la élite porfirista ante el problema que planteaba la sucesión inminente del Dictador. Entre los miembros de ambas facciones campeaba la convicción de que sus respectivos grupos podrían encontrar, con el apoyo del Presidente, una fórmula negociada que permitiera preparar el relevo a través de la institución vicepresidencial. La disputa concreta se dio entonces por este segundo escalón político. Cerca del final de la primera década del siglo y abiertas las expectativas políticas por las declaraciones del General Díaz al periodista norteamericano Creelman, en la famosa entrevista de 1908, se preparó la séptima reelección del Dictador. Aunque los "científicos" no obtuvieron una victoria integral conduciendo a Limantour a la vicepresidencia como era su propósito, la designación de la fórmula Díaz-Corral los benefició en mucho mayor grado que a los "reyistas", cuya derrota culminó con el exilio encubierto de su líder.³

Tanto Emilio Rabasa como Andrés Molina Enríquez escribieron, a pesar de sus diferencias ideológicas, bajo la convicción de las ventajas del Estado fuerte; en ambos analistas la democracia surge como un propósito matizado por los inconvenientes prácticos de la realidad. Rabasa y Molina Enríquez creyeron sinceramente en los aciertos pacificadores que la dictadura del General Díaz consiguió con el sustento que le brindaba la fuerza del aparato autoritario del Estado. Ambos, sin em-

³ Guerra, Francois-Xavier, *México: del antiguo régimen a la revolución* (2 vol.), México, F.C.E., 1988 t. II, pp. 81-100.

bargo, se persuadieron de que ciertas transformaciones eran indispensables para revitalizar un régimen exhausto, cuyas condiciones de legitimidad eran cada vez más comprometidas. Rabasa vió en el estado fuerte un remanso a las convulsiones mexicanas del siglo XIX; lo justificó como una circunstancia transitoria, a cuya zaga debía producirse la modernización de la sociedad, arbitrada en sus alcances por la pequeña élite que componía el "pueblo conciente". Para este autor estaba claro que el verdadero efecto civilizador no se registraría en el país, hasta que el aparato autoritario del régimen no consiguiera culminar el proceso de su propio repliegue.

En la obra de Molina, el régimen autoritario surge como la condición política sobre la que podría alzarse un auténtico Estado reformador, investido de poderes discrecionales ingentes, que le permitirían abatir los obstáculos surgidos en el curso de realización plena del proyecto revolucionario.

Las convicciones comunes y las diferencias de enfoque se enlazan muy bien al curso biográfico de cada autor. Rabasa fue un auténtico favorecido por el régimen porfirista. Su vida pública lo llevó a ocupar cargos como la Procuraduría del Distrito Federal, la Magistratura del Tribunal Superior de Justicia en esta misma ciudad, la Presidencia del Senado y la gubernatura de Chiapas, su estado natal. En perspectiva política su vida se aproxima a la del grupo "científico", tanto por los cimientos que construye en él la educación positivista, como por su concurso en las periferias del grupo que nunca terminó por definirse en cuanto a su investidura formal para la acción política. Si fuera válido utilizar el juicio de Molina Enríquez para catalogar su pertenencia a los factores raciales, podría afirmarse que se trata de un *criollo nuevo* y que su ascenso corresponde al período del porfiriato en el que el Dictador reemplaza la base mestiza del personal de gobierno, por esta nueva clase advenediza que vinculó sus intereses a los de las compañías extranjeras asentadas en territorio nacional.⁴

Molina Enríquez, por su lado, tuvo una existencia menos espectacular. Su perfil fue sobre todo el de un intelectual vinculado por convicción a los cursos de las revoluciones sociales. Fue, aunque a su estilo, también un positivista. De sus cargos públicos tiene que hablarse con

⁴ Sobre la biografía de Emilio Rabasa pueden consultarse, entre otras obras, las siguientes: Elliot S. Glass, *México en las obras de Emilio Rabasa* (Trad. N. Pizarro), México, Ed. Diana, 1975; Serra Rojas, Andrés, *Antología de Emilio Rabasa* (Colec. Pensamiento de América, 17 y 18), México, Ed. Oasis, 1969 (en esp. la reseña biográfica); Villegas, Gloria, *Emilio Rabasa en su pensamiento histórico-político y el constituyente de 1916-17*, México, Ed. Cámara de Diputados, 1984.

tono de modestia: escribano, Juez de Paz, Profesor del Museo Nacional, Miembro de la Comisión Nacional Agraria, funcionario de la Secretaría de Fomento, Magistrado en el Estado de México, en fin, de ningún modo un personaje con los fulgores que acompañan la suerte política de Rabasa.⁵ Sus simpatías políticas estuvieron con el "reyismo" y, posteriormente, con la revolución. Cuando Molina Enríquez tuvo que calificarse a sí mismo, no dudó en declararse agente y partidario de la causa de los mestizos, para quienes reservó en su obra el carácter de elementos de raza dominante en el proceso de integración nacional.⁶

De las diferencias biográficas resultan explicables las asimetrías que presentan las obras de Rabasa y de Molina Enríquez. Para el primero, las revoluciones son hechos condenables que se producen a contrapelo de la evolución pacífica de las sociedades, característica de las naciones civilizadas de occidente. Molina, en cambio, es parte del espíritu revolucionario; si su obra no es propiamente de agitación, en sus tesis se esgrimen continuamente proyectos de reformas y sugerencias que excitan la acción violenta del Estado revolucionario en contra de las facciones enemigas. Molina incluso llegó a jugarse la vida como opositor al régimen huertista y pasó casi un año de cárcel por la promulgación del fallido Plan de Texcoco, que fue un documento completamente de su autoría.⁷ Esta actitud contrasta con la de Rabasa, que por evitar el progreso de la situación revolucionaria, aceptó servir de emisario en las conferencias del Niágara por parte del gobierno huertista, a pesar de repudiar en su fuero interno la investidura del usurpador. La inconformidad de Rabasa con el Huertismo puede deducirse de su rechazo al rectorado de la universidad que previamente le había sido ofrecido por el mismo general Huerta.

⁵ En relación con la biografía de Andrés Molina Enríquez, cuyos datos son realmente escasos, es posible consultar: Molina Enríquez, Álvaro, *Antología de Andrés Molina Enríquez* (Colec. Pensamiento de América vol. 13), México, Ed. Oasis, 1969, pp. 11-24; Cabrera, Luis, "In Memoriam. Andrés Molina Enríquez", artículo periodístico recogido en *Obras Completas* (4 vols.), México, 1975, t. IV, pp. 405-410; Córdova, Arnaldo, *Prólogo* al libro *Los grandes problemas nacionales*, México, Ed. Era, 1979, pp. 11-70; Labastida, Horacio, *Prólogo a La Revolución Agraria de México*. (Vid. *infra* cit. No. 6).

⁶ Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, México, Ed. Era, 1979, pp. 393 y ss., también en *Juárez y la Reforma*, México, Ed. Libro-mex, 1958 (toda la obra) y en *La Revolución Agraria de México, 1910-1920* (5 vols.), México, Coed. UNAM M.A. Porrúa, 1986, t. III, pp. 109-136.

⁷ El *Plan de Texcoco* puede consultarse en la edición citada de *Los grandes problemas nacionales*, sección de anexos, pp. 451-452.

3. PERFILES DE DOS POSITIVISMOS

3.1. *Los rasgos generales.* Ni en Emilio Rabasa ni en Molina Enríquez se evidencia un énfasis revisionista sobre la obra de Augusto Comte, al estilo que lo mantuvieron, por ejemplo, los miembros de la Asociación Metodófila Mexicana Gabino Barreda.⁸ Sin embargo, en el pensamiento de ambos la huella positivista puede llamarse determinante. En el caso de Molina Enríquez se acentúa la influencia de Spencer y sus obras se proyectan como desarrollos analíticos del principio de la evolución universal, aplicados al caso mexicano. Sin embargo, en franca paradoja, Molina no culmina el sentido de sus observaciones en la convicción individualista donde se sitúa Spencer;⁹ al contrario, avanza en el terreno político hacia la justificación de la existencia del Estado fuerte, que debería servir como palanca motriz de las reformas sociales.¹⁰ La evolución no se explica, en este orden de ideas, sin el impulso público.

Además de la fuente Spenceriana, Molina acude al pensamiento de Haeckel;¹¹ en este naturalista alemán —al que muchos atribuyen el papel de vulgarizador del pensamiento de Darwin— encuentra las hipótesis que refuerzan el carácter específico de la evolución de cada pueblo y puede, así, conferir un sello mexicano a su darwinismo social.

En el análisis de Rabasa la teoría de la evolución está presente pero se encuentra mucho menos procesada. No es raro que don Emilio —como lo conocieron sus discípulos— desvíe sus acentos explicativos a los vericuetos técnicos del mundo institucional, abandonando por momentos las referencias a situaciones materiales específicas. Por otro lado, el individualismo de Rabasa nunca se muestra declinante, al contrario, parece más bien que en sus últimas obras se acentúa, en perjuicio de la fidelidad absoluta al método positivo.¹² Cada vez con más fuerza operan en su obra las tesis de Stuart Mill y la presencia de los juristas

⁸ Macedo, Miguel, "Ensayo sobre los deberes recíprocos de los superiores y de los inferiores", en los *Anales de la Asociación Metodófila Gabino Barreda*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Chávez, 1877, pp. 218-219.

⁹ Consultar por ejemplo Spencer, Herbert. *El individuo contra el Estado*, F. Sempere y cia. Edit., s.p.i., Valencia, España, p. 155.

¹⁰ Vid. *infra* numerales 7 y 8 de este trabajo.

¹¹ Ruiz, Rosaura, *Positivismos y evolución: introducción del darwinismo en México*, México, Ed. UNAM, 1987, en esp. introducción, cap. IV y numeral III de la Sección de apéndices.

¹² Al respecto conviene consultar, por ejemplo, Rabasa, Emilio, "La libertad de trabajo", conferencia recogida por el Instituto de Estudios y Reformas Sociales en el 3er. volumen de la serie *Conferencias preliminares*, organizadas por la Confedera-

estadounidenses, al tiempo que las tesis del darwinismo social retroceden y quedan sólo como base del análisis histórico.¹³

Tanto en Rabasa como en Molina Enríquez la ciencia positiva vale en tanto herramienta para el análisis de la realidad mexicana; nunca la practican como interés autónomo. Ambos buscan en el positivismo un mecanismo desmitificador que sobreponga con claridad incontestable el carácter de los hechos a la explicación de los principios. Su análisis se propone ser objetivo y antirromántico. Sólo de este modo consideran posible producir un conocimiento útil, sobre el que pueda funcionar cabalmente un régimen político.

Nuestros dos autores abjuraron del contractualismo y de la construcción metafísica de las obras políticas vinculadas a la Revolución Francesa. Cualquiera de los dos confirma con su pensamiento las críticas de Justo Sierra sobre el liberalismo académico. Ninguno condena, sin embargo, lo que el liberalismo ha significado en México como proceso de laicización de la sociedad. A las ideas liberales se aproxima Rabasa por el camino de su individualismo; Molina Enríquez sólo las suscribe en la medida en que el partido liberal fue el reducto de lucha, a través del cual los mestizos arribaron al gobierno de la sociedad mexicana.¹⁴

Mientras a Rabasa caben, por la índole de su obra, los calificativos de jurista, politólogo e historiador, a Molina Enríquez tendría que catalogársele como sociólogo, politólogo y jurista. El orden de estos perfiles indica también el de la prelación material de sus enfoques. Molina no reunió nunca la solidez técnica que como jurista siempre acompañó a Rabasa; en razón inversa, Rabasa nunca consiguió la profundidad que para el análisis social desarrolló Molina. Ambos fueron, en cambio, agudísimos analistas de los procesos políticos e historiadores con puntos de vista comprometidos con su respectiva posición política.

3.2. *El instrumental darwinista.* Refiriéndonos en concreto al diseño metodológico de los autores que analizamos, puede encontrarse en ambos la intención de revisar empíricamente la sociedad mexicana, asumiéndola como dato principal. En este plano, sin embargo, Molina es mucho más explícito; sus afanes epistemológicos lo condujeron a ensayar —al estilo comtiano— una *Clasificación de las Ciencias Fundamentales*.¹⁵ En la parte inicial de esta obra, Molina deja clara su per-

ción de Cámaras industriales de los E. U. Mexicanos, México, 1922, pp. 61 a 102 del 3er. tomo.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. III), pp. 109-136.

¹⁵ Molina Enríquez, A., *Clasificación de las ciencias fundamentales*, México, Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnología, 1935 (toda la obra).

suasión en favor de la emancipación del conocimiento científico respecto de la religión; declara también su confianza en los esfuerzos analíticos dirigidos sobre objeto específico y su animadversión a la especulación general. Sienta, además, una premisa fundamental en torno a la correlación causal entre el grado de desarrollo de las ciencias, respecto de la inteligencia que las hace progresar y de la sociedad en su proceso evolutivo.¹⁶ En Rabasa no se encuentra un interés equivalente hacia las expresiones metodológicas de carácter explícito; sin embargo, su obra supone las premisas de un darwinismo medianamente desarrollado como enfoque de la realidad social.¹⁷

El principio de la evolución cobra en Molina una formulación especial; para él:

no existe la línea invariable de la trayectoria obligada, que se creía, para todos los pueblos, como no hay tampoco al fin de esa línea, el punto de llegada de ella, que se llama civilización (...). Cada grupo humano, de vida bien diferenciada, toma y sigue su trayectoria propia, en la dirección y con la velocidad resultantes de sus actividades internas y de las fuerzas exteriores que con ellas se conjugan.¹⁸

Como puede constatarse, en el párrafo existe una crítica implícita al evolucionismo lineal del lamarckismo y, al mismo tiempo, se sientan los presupuestos analíticos que, aplicados sobre la realidad mexicana, van a conferir sustento a la tesis del ritmo evolutivo heterogéneo de los distintos elementos de raza que componen la sociedad mexicana. El apego a esta tesis del desarrollo diferencial, llevará al autor a la afirmación de que México no tiene por qué dirimir los derroteros de su proceso histórico por las vías del progreso industrial, como sucedió con las naciones que frecuentemente nos han servido de modelo.¹⁹

La tesis del proceso evolutivo diferencial puede ser también atribuida a Rabasa que, aunque no la formula con la misma generosidad explicativa que Molina, la mantiene presente como primera premisa de sus obras.²⁰

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Vid. por ejemplo, Rabasa, Emilio, *La evolución histórica de México*, México, Ed. Porrúa, 1972, pp. 51-52 y 145-146.

¹⁸ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. I), p. 74.

¹⁹ Molina Enríquez, A., "El problema del trabajo y la organización social", conferencia recogida en el volumen 1o. de la serie *Conferencias preliminares*, organizadas por la Confederación de Cámaras Industriales de los E. U. Mexicanos, México, 1922, pp. 100-111. (Cfr. *supra* nota 12); y también *La Revolución...* (t. V), pp. 57-61.

²⁰ Vid *supra* nota 17.

Entre los elementos dinámicos del curso evolutivo, el carácter principal corresponde al proceso de selección natural. Para los dos autores que analizamos, las condiciones del territorio que sirve de asiento a los pueblos juegan un papel de primera magnitud en la diferenciación de la población. Ésta responde a cursos evolutivos distintos, según los requerimientos que le impone, a cada paso, la adaptación al entorno, físico en que se desarrolla. Para Molina, cada pueblo está enlazado en su suerte evolutiva con la naturaleza del territorio que ocupa.²¹ De las condiciones de su productividad agrícola depende el tipo de síntesis química que va a determinar las características de la *fuerza motriz interna* de los miembros de cada grupo social. Confrontados con el medio, los grupos humanos transforman la naturaleza a través de su acción y, a su vez, resienten sus influencias. Estas últimas provocan el desarrollo de los mecanismos de *resistencia*.²² A Molina la experiencia le indica que las razas europeas han desarrollado especialmente las fuerzas de acción, mientras las razas orientales —nuestros indígenas se encuentran entre ellas— se caracterizan por su gran fuerza de resistencia. De estas premisas partiría Molina Enríquez para explicar la superioridad racial de los mestizos sobre los criollos, a quienes considera un elemento de raza en proceso de degradación por el agotamiento que acusa su energía de acción, mientras al mestizo le atribuye una potencia ascendente que procede de su fuerza de resistencia y de su mejor adaptación al ambiente mexicano.²³

Rabasa no llega a considerar al proceso de nutrición como a un elemento influyente en el curso de la selección natural; sin embargo, sí valoriza al territorio y, especialmente a "la potencia productiva del suelo", como primer elemento que afecta la suerte del pueblo que lo habita: "Forma su carácter, dirige sus actividades, interviene en su desenvolvimiento y domina su historia".²⁴

El proceso de selección tiene para Rabasa escasos matices. Se trata de un proceso de estabilización de elementos internos con elementos externos, que continuamente está sujeto a desbalances que surgen de la preponderancia transitoria de alguna de las fuerzas que se encuentran en tensión. Ante la pérdida de equilibrio, se abre un proceso de lucha del que sobreviven los elementos más aptos. Así, la estabilidad siempre

²¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes...*, pp. 73-77.

²² Molina Enríquez, A., *op. cit.*, pp. 346-348 y también *La Revolución...* (t. I), cap. I.

²³ Molina Enríquez, A., *Los grandes...*, pp. 344 y ss.

²⁴ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, pp. 262-263.

contiene un juego subyacente de fuerzas antagónicas.²⁵ En este planteamiento hay una gran cercanía con las ideas de Spencer; sin embargo, Rabasa no se ciñe a ellas con la misma consistencia que Molina. En la obra de este último autor, el territorio está presente de modo permanente a través de las relaciones de propiedad, que constituyen uno de los datos principales de su trabajo analítico; el territorio es en realidad una variable constante del análisis social. Rabasa, en cambio, vuelve a considerar al territorio sólo de forma ocasional; su énfasis se desplaza mucho más hacia los aspectos de la construcción del orden institucional del Estado Mexicano.²⁶ Molina dota al territorio de una connotación política evidente, para él, la historia de la lucha por la *zona de los cereales* tiene un significado referido a la estrategia para la dominación política del país. Las posibilidades productivas de estas seis zonas que componen el territorio mexicano.²⁷ Así, quien controla la *zona fundamental de los cereales*, por ese hecho, tiene la garantía de proyectar su situación hegemónica a las otras zonas del país que le están geográficamente subordinadas. En Molina, si se quiere expresarlo así, hay un rango mayor de perspectiva materialista, que deviene precisamente de la forma en que entiende la influencia del territorio en la evolución de los grupos humanos. Rabasa, al contrario, no sostiene el tono determinista de su premisa acerca del territorio ni concede a éste un valor político tan claro para el análisis de la sociedad mexicana.

3.3. *Las leyes sociológicas.* El positivismo significa la recuperación del proceso natural inexorable como principio que rige el movimiento de los grupos sociales. En esta proposición se encuentra concentrada toda la decepción que en la sociedad europea produjo el voluntarismo, erguido en principio rector de la organización de los Estados modernos. Aquí se condensa también el miedo a las mayorías que irrumpen a la vida pública como voluntad concomitante, a través de los procesos de apertura democrática que las sociedades de la segunda mitad del siglo pasado empiezan a resentir como un fenómeno de conciencia social irreversible.

Una visión naturalista de los procesos sociales obliga a eliminar la dicotomía entre el orden legal y el natural; en realidad el primero debe

²⁵ Ver, por ejemplo, Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional* (editado junto con el *Artículo 14*), México, Porrúa, 1984, p. 140.

²⁶ Esta es una constante en su obra que tiene particular desarrollo en el campo de la reflexión jurídica y, especialmente, en torno a los problemas del derecho constitucional. De sus obras publicadas, salvando las cinco novelas, sólo *La evolución histórica de México* se propone un objeto no específicamente jurídico.

²⁷ Molina Enríquez, A., *Los grandes...*, pp. 74-82.

perderse en el sentido necesario del segundo. La subordinación de las voluntades al sentido evolutivo de la historia es, asimismo, la reducción del sentido de la ley entendida como producto de naturaleza jurídica, a la ley natural, conceptualizada en el sentido de Montesquieu como las "relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas".²⁸

En el buen naturalismo, decíamos, la dualidad no existe; la ley natural es también el orden jurídico; sus referentes no pueden ser otros que las propias normas constantes de la naturaleza. En una visión así debe inscribirse la función infalible de liderazgo histórico que atribuye Molina a los mestizos mexicanos. Aquí también cabe su convicción de que la Constitución de Querétaro, en su artículo 27, incorpora como normas prescriptivas relaciones de sentido que derivan del desenvolvimiento material de la sociedad mexicana. También debe tratarse en esta perspectiva la función que Molina implícitamente reconoce a la legislación en general; para él, la ley debe ser una referencia institucional del sentido evolutivo: un instrumento activo en el proceso de reforma social, cuyo curso se debe dirigir justamente a través de su cauce natural, a riesgo de que se generen retrasos innecesarios al progreso de los pueblos.²⁹

En la obra de Emilio Rabasa hay una clara oposición a entender el proceso social en su aspecto exclusivamente natural; esa resistencia proviene del papel de la voluntad que, en su pensamiento no aparece cabalmente sofocada.³⁰ La voluntad se encuentra entorpecida por una expresión formal que traiciona su viabilidad, pero en realidad existe como fenómeno determinante en poder del pueblo consciente. Rabasa considera natural el origen de la desigualdad entre los diversos componentes de la sociedad mexicana; admite y, en cierto modo exige, la prevalencia de lo que él denomina el elemento consciente de la población.³¹ Sin embargo, ya situado en la perspectiva de la elite ilustrada, acepta mucho mejor el papel de la voluntad; de la voluntad consciente, habría que agregar. Rabasa no propone, como Molina, la subordinación del sentido de la ley en sentido jurídico a las condiciones naturales de la sociedad; niega que el reconocimiento de la desigualdad de los agentes sociales en las leyes positivas pueda utilizarse como mecanismo nive-

²⁸ Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional...*, pp. 135-138; cfr. con Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. 3), p. 49.

²⁹ Molina Enríquez, A., Introducción al *Boletín de la Secretaría de Gobernación. El Artículo 27 de la Constitución Federal*, México, 1922, pp. 1-10.

³⁰ Rabasa, Emilio, conferencia sobre "La libertad de trabajo", *vid supra* nota 12.

³¹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, pp. 127-131; también *La evolución...*, caps. XIII y XIV.

lador de los componentes heterogéneos de la sociedad. La desigualdad en el tratamiento jurídico debe conservarse para restringir el sufragio y reservarlo sólo a los sujetos capaces, pero no para proteger la desigualdad de condiciones materiales o civiles. Se opone concretamente a que se respete la propiedad comunal, ya que su reconocimiento jurídico aparejaría su perpetuación y, con ella, la conservación de las desigualdades. Lo que Rabasa propone a cambio es que se otorguen condiciones para que el pueblo —aun los grupos raciales más atrasados— progrese en el sentido de la ley jurídica, que como institución ha sido probada por el curso histórico de las naciones civilizadas. Rabasa creyó mucho más que Molina en el *estado de civilización* como punto general de llegada en el desenvolvimiento histórico de los pueblos.

Que Rabasa buscó el sentido del progreso de la sociedad mexicana más en el cauce de las instituciones jurídicas que en las condiciones de su evolución natural, lo prueba el deslinde que ensaya para preservar la autonomía de la ley en su acepción jurídica respecto de la ley natural. Justamente inicia *El juicio constitucional* con una crítica severa a quienes han querido conferir al concepto de Montesquieu una extensión que, según él, no debiera tener. La Ley en sentido jurídico es mandamiento sujeto a la suerte que le depara la condición libre de sus destinatarios. En cambio, la ley natural es sólo el enunciado que describe la manifestación constante de un fenómeno.³² Para Rabasa, "cualquiera que sea la verdad en el problema irresoluto e irresoluble de la voluntad y de la libertad, lo cierto es que la determinación de la conducta humana se complica con factores que imposibilitan el fenómeno constante que permite reconocer una ley natural".³³

La formación espontánea del orden jurídico de los pueblos termina con la expedición de la constitución norteamericana; primera que toma en cuenta no sólo los datos históricos de la sociedad que la produce, sino también los resultados especulativos de la ciencia política.³⁴ En esta afirmación se esclarece de manera nítida cómo Rabasa entiende que el proceso evolutivo puede ser informado por las aportaciones del pensamiento, aunque éste se produzca en condiciones de relativa ajeneidad al proceso de confirmación material de una sociedad. Desde luego que la influencia del pensamiento especulativo tiene límites en las condiciones del pueblo al que se dirige, sin embargo, cuando los principios de la ciencia política se reciben con medida y relativa congruen-

³² *Vid. supra* nota 28.

³³ *Ibidem.*, p. 136.

³⁴ *Ibidem.*, pp. 137-138.

cia con la historia del pueblo que los adopta, éstos pueden entremezclarse correctamente con el sentido evolutivo y hasta llegar a alumbrarlo.³⁵

4. SOBRE EL SENTIDO DE LA LIBERTAD

Rabasa testimonia en su obra la dificultad que encierra el acoplar las convicciones que marcan su fe liberal con los determinismos que proceden de su formación positivista. En realidad, la tensión entre sus concepciones de la libertad, definida como prerrogativa del sujeto social que le permite ser "árbitro de sus destinos", y de la libertad, entendida como derecho enmarcado por las circunstancias sociales, nunca se resuelve, de modo que el autor propiciara la preeminencia fundada de uno de los extremos sobre el otro.

Durante los años de la dictadura, Rabasa justifica el sacrificio de la libertad política a la condición indispensable de la seguridad.³⁶ El orden orgánico que atraviesa la historia de los pueblos exige el afianzamiento previo de las situaciones que posibilitan su conservación. Sin orden, la libertad reaparece como un objetivo de realización paulatina, embargo, conseguidas las circunstancias mínimas de consolidación del cuya conquista debe efectuarse, precisamente, a partir del reconocimiento de la situación desigual en la que se encuentran los agentes sociales. La libertad se transforma en una condición arbitrada por la élite, a partir de cuya acción se espera su propagación como situación generalizada al resto de los elementos que componen la sociedad. La libertad está ligada en sus posibilidades de verificación efectiva con las prácticas institucionales que imponen como derrotero ciertos principios de la organización política de las naciones civilizadas que, en este sentido, resultan paradigmáticos.³⁷

Cuando Rabasa tomó distancia de la dictadura porfirista dejó de enfatizar la seguridad como un valor superior a la libertad. En una conferencia sobre la *libertad de trabajo* a la que fue invitado por la Confederación de Cámaras Industriales en el año de 1923, esboza la función estatal como lo habría hecho cualquier liberal de estilo ortodoxo.³⁸ Aparte de oponerse a la acción de los sindicatos, que considera

³⁵ *Ibidem.*, pp. 151-159.

³⁶ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, pp. 143-145.

³⁷ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura...*, p. 245, y también la Conferencia sobre "La libertad de trabajo".

³⁸ *Ibidem.* (dentro de la conferencia, la parte inicial, donde el autor perfila la relación entre la función estatal y la libertad de trabajo).

opresiva, se pronuncia en contra de cualquier injerencia pública que es limitativa de los derechos fundamentales del individuo. Sin embargo, a pesar de su relativa conversión liberal, Rabasa conserva la conciencia de su positivismo orientador, palpable en proposiciones como las siguientes: "Todos los seres obedecen a los imperativos en que descansa su propia existencia", "la noción de la libertad absoluta; de la independencia de una voluntad respecto de sí misma, es una noción abstracta y metafísica, indigna e incapaz de servir en las investigaciones científicas".³⁹

El individualismo de Rabasa lo compele a afirmar que los derechos fundamentales del hombre no constituyen dádivas de la organización política, sino que son producto de su propia naturaleza. Deslinda su pensamiento con la metafísica cuando desdice el origen divino de los derechos fundamentales; pero en cambio, se aproxima al liberalismo clásico en la medida que considera la determinación social de estos derechos y, particularmente de la libertad, como una zona de la realidad social que se define al margen de los espacios públicos.⁴⁰

La libertad política supone la conciencia del agente; su realización tiene que ser una conquista paulatina de los pueblos que procede del sentido de su propia práctica. Por medio de los cauces de la civilización la libertad cobra un significado especial, como derecho de las mayorías conscientes a definir el curso de su destino político.⁴¹

En el planteamiento de Rabasa la libertad sólo es posible para un sector de la población que se construye al ámbito de los sujetos capaces de entender el significado de su acción política; sólo a través de la práctica institucional de este grupo se pueden producir los efectos de ampliación hacia otros sectores de la sociedad. La acción libre de la elite ilustrada debe propiciar la liberación paulatina de la sociedad en su conjunto, para que ésta pueda confiar en los resultados de la práctica decisoria que llevan a cabo las mayorías representadas. Pero esta secuencia debe ordenarse como un resultado histórico; sin precipitaciones que requiebren el ritmo de la sociedad a partir de la alteración del balance específico que debe guardarse entre la libertad y el orden.⁴²

En el pensamiento de Rabasa la libertad se mantiene en una vertiente práctica; se ofrece como resultado material del ejercicio del hom-

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ Esta es una tesis que se desarrolla prácticamente en toda la obra de Rabasa. Incluso puede constatarse que con el tiempo su perspectiva sobre la vida democrática propende a ampliarse.

⁴² Las concepciones de Rabasa sobre las constituciones espontáneas son ejemplificativas de la tesis expuesta. En *El juicio constitucional* consultar el cap. II.

bre en relación con un determinado estado social⁴³ y lleva como contenido la acción autónoma "para acopiar todos los bienes de que seamos capaces", sin la influencia obstaculizante de alguna fuerza extraña.⁴⁴ Esta forma de definir la libertad se acerca mucho al sentido excluyente que le confirieron los clásicos de la economía política, particularmente Adam Smith; lo peculiar se encuentra en que Rabasa refiere la existencia de este derecho solamente a la élite capaz de actuar conscientemente en el plano político. Esto es realmente lo que sitúa su concepto de libertad en las peculiares condiciones mexicanas de principios de siglo.

En Molina Enríquez hay un desdén profundo por la libertad entendida como práctica individual. La suerte de la sociedad mexicana se encuentra demasiado inmersa en la perspectiva del Estado fuerte como para orientarse a demarcar límites concretos a la acción del poder público.⁴⁵ El interés del Estado reformador es para Molina equivalente, de manera perfecta, con el interés de la sociedad en su conjunto; en esa medida sus facultades discrecionales y su proyección sobre la esfera privada aparecen justificadas e incluso necesarias.⁴⁶

Molina Enríquez nunca adopta la militancia moderna en materia de libertad. Su pensamiento transcurre en forma tangencial a la noción de libertad civil, tal como quedó definida por los teóricos de la Ilustración. Molina busca un concepto de libertad de características netamente orgánicas que ayude a explicar la injerencia del poder constituido en la esfera privada de los gobernados.⁴⁷ Su visión del Estado, como aparato ejecutor de las reformas sociales, es antitética a las posibilidades de una noción de libertad de carácter excluyente. Para Molina es primordial legitimar la acción constructora que ha de realizar el Estado para lograr la homologación evolutiva de los distintos elementos que componen la sociedad mexicana:

el sentimiento de la libertad —afirma—, tan caro a todos los hombres, no es como generalmente se cree, el deseo completamente subjetivo que cada individuo alienta, de retirar lo más lejos que sea

⁴³ Rabasa, Emilio, Conferencia sobre *La libertad de trabajo*, *vid. supra* nota 12.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ El enfoque "orgánico" que Molina otorga al análisis de la libertad lo separa completamente de la perspectiva liberal. En ninguna parte de su obra otorgará prioridad a la determinación jurídica de este derecho.

⁴⁶ Molina Enríquez, A., "Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias" en la *Cuestión de la tierra* (Ant. de Silva Herzag), Ed. Int. Méx. Inv. Ec., 1960, vol. I, pp. 245-264.

⁴⁷ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. III), p. 15.

posible, los límites que ponen a su voluntad y a su acción, la autoridad pública que representa las fuerzas sociales (...) la libertad individual, es mucho más que eso: nace del sentimiento de la medida de las fuerzas con que cada uno cuenta para adaptarse a las condiciones de la vida...⁴⁸

Como se colige de la cita anterior, Molina no cree en los espacios civiles definidos como cotos privados. Incluso cuando habla de libertad individual, se refiere más a la condición de desvinculación relativa que atribuye a las sociedades orientales⁴⁹ que a las prácticas subjetivas de carácter voluntario, características del *homo economicus* del pensamiento liberal. La libertad de Molina es una condición orgánica que se define a partir de una negativa franca de su connotación moderna; es una libertad sin liberalismo y sin confianza en la condición individual de los sujetos. Para él, la fuerza impulsora de los procesos sociales proviene del sentido evolutivo y de la forma en que el Estado lo condensa para proyectarlo en forma progresiva hacia las situaciones futuras.⁵⁰

En Rabasa radica la fuerza propagadora de la organización política moderna y del constitucionalismo que le corresponde en el hemisferio occidental del mundo. Su propuesta sigue la suerte de la libertad, que marcha, en su carácter de condición social, desde su negativa necesaria en la dictadura, hasta su afianzamiento como práctica natural, en las sociedades civilizadas. Para Molina, en cambio, la libertad es una condición subordinada al sentido evolutivo de los pueblos, su consecución no es el contenido esencial de las reformas sociales, sino el propósito final que se alcanza después de una práctica pública de características niveladoras en el plano de la propiedad. En el pensamiento de Molina Enríquez la libertad es impensable sin el requisito de la igualdad material de los agentes sociales.⁵¹

Estas dos nociones de libertad se encuentran confusamente entretendidas en el texto constitucional mexicano. La libertad individual, definida al estilo moderno, se yergue en el capítulo de garantías individuales al tenor de las constituciones ortodoxas. Sin embargo, frente a ella, se encuentra otra libertad subordinada al sentido de la acción de

⁴⁸ *Ibidem*., pp. 15-16.

⁴⁹ *Ibidem*., pp. 18-19.

⁵⁰ Molina Enríquez, A., *Boletín...*, pp. 9-11.

⁵¹ El criterio de la "nivelación" se liga con la idea del reparto necesario de los recursos fundarios y es lo que permitiría hablar de una perspectiva materialista en la obra de Molina Enríquez.

los poderes públicos; una libertad permisiva que funciona más como zona de atenuación a la injerencia pública que como región de exclusión absoluta de la función estatal.⁵² El juicio de amparo es la pieza que equilibra la potencia del gobierno y sostiene precariamente la imagen liberal de los espacios privados. La medida del poder público, que tenuemente lo distingue del ejercicio de los Estados absolutos, se finca precisamente en el juicio constitucional. En esta perspectiva el amparo es el único cauce de viabilidad que conserva para actualizarse el derecho de libertad en su sentido moderno. Sin embargo, el amparo no cubre todos los derroteros de una acción estatal potente, que se identifica como impulso fundamental del desarrollo social.

5. LA POBLACIÓN COMO DATO HETEROGÉNEO DEL PROCESO ELECTORAL

5.1. *Los márgenes políticos de la desigualdad racial.* Es común a los dos autores que en este trabajo se confrontan, el señalamiento de la heterogeneidad racial y evolutiva de la población que compone a la formación nacional mexicana. La disparidad de elementos raciales es catalogada por ambos analistas como una condición de ingobernabilidad o, en su caso, como un obstáculo difícil de sortear en un proceso racional de ejercicio legítimo de la función de gobierno.⁵³

Tanto para Rabasa como para Molina Enríquez la nación es un fenómeno inconcluso; México se encuentra en un proceso de composición que incluye dos vertientes fundamentales: la que se refiere a la integración de componentes raciales heterogéneos para constituir un pueblo de características uniformes, y la que consiste en la homologación del ritmo evolutivo del conjunto de grupos raciales que conforman la nación.⁵⁴

La primera vertiente constitucional, es decir, la de la integración racial, supone como premisa el reconocimiento de la desigualdad de los

⁵² Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. III), pp. 15-19.

⁵³ Rabasa se refiere a este asunto cuando analiza el problema de las elecciones en *La Constitución y la dictadura*; cuando se refiere a la condición especial de los pueblos latinoamericanos en la *Evolución histórica de México* y, en esa misma obra, cuando trata el problema del indio. Molina ahonda sobre este particular en los capítulos de *Los grandes problemas nacionales*, referentes a la población y al problema político.

⁵⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 298-299, 412-415 y 434; Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional...*, pp. 143-145; *La evolución...*, pp. 145-149.

sujetos sociales. Una sociedad constituida por elementos de raza colocados en situación asimétrica, contradice el sentido de las instituciones modernas, que justamente se construyen sobre el supuesto de la igualdad potencial de sus agentes. Este desfase entre las circunstancias históricas de la sociedad mexicana y el sentido de los elementos institucionales y normativos que provienen de las Cartas constitucionales de inspiración liberal, es uno de los datos que explican la acogida del pensamiento positivista en el medio intelectual mexicano de finales de siglo. De esta constatación —ordenada por la realidad— procede la desconfianza de los pensadores nacionales hacia el contractualismo de corte rousseauiano. Cualquier proceso político de carácter deliberativo supone la igualdad potencial de las voluntades individuales que componen la voluntad general. En el medio mexicano, la idea de la igualdad resultaba insostenible como principio de organización para el régimen político, porque chocaba de frente con la refutación espontánea que ofrecía la desigualdad racial y la composición oligárquica de la sociedad.

De la igualdad formal de los sujetos sociales a que llegó la Constitución de 1857, provienen las más profundas objeciones que sus críticos esgrimen en su contra. La falta de eficacia normativa del texto constitucional, manifiesta en su inaplicación, es la prueba que los positivistas mexicanos ofrecieron para acreditar los desvaríos que ocasionó la recepción lineal de los principios liberales.⁵⁵ Rabasa se opone al trato político igualitario que conlleva el reconocimiento constitucional del sufragio universal. Considera incapaces de prácticas civiles a más de la mitad de los ciudadanos que, por su edad y por su sexo, se suponen habilitados por la Constitución para el ejercicio del voto; dichos sujetos no reúnen ni siquiera el requisitos mínimo de la alfabetización.

Molina no insiste, como Rabasa, en la necesidad de restringir el sufragio. Para él, la verdadera homologación de la población supone la absorción de los elementos de raza en el mestizo y la condición material de una propiedad debidamente repartida entre los agentes productivos de la sociedad. Molina confía más en el poder reformador —léase nivelador— del Estado que en el sufragio como práctica política.

5.2. *El protagonismo racial.* Rabasa, siguiendo los resultados del censo oficial de 1910, calcula que la población mexicana se compone de 30% de mestizos y 40% de indios. En su concepto, la totalidad de los

⁵⁵ Al respecto una síntesis excelente de los argumentos críticos sobre la Constitución de 1857 la constituye la obra de Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos.* (Col. Sep. Setentas, No. 98), México, 1980.

indios y buena parte de los mestizos constituyen una carga sobre la población blanca que, a su juicio, es la única que se encuentra en condiciones de impulsar la historia del país por derroteros modernos. En la perspectiva de Rabasa sólo la mitad de la población mexicana mantenía una situación de aptitud para conseguir un "estado de civilización, de comunicación y colaboración social que constituye la capacidad para la vida común".⁵⁶

El estado inferior de los pobladores de raza indígena lo atribuye Rabasa a los "tres siglos de sumisión (que) dieron a la postre una generación que había perdido hasta las tradiciones de su vida autónoma, el sentimiento de la personalidad y aun el instinto de la dirección propia . . ."⁵⁷ Este bosquejo sombrío de la condición del indígena revela los rasgos antimodernos de este grupo racial, que Rabasa considera insalvables en el plano político.

Las emergencias de la vida nacional se alzaron como impedimento contundente para que "la parte racional" de la población pudiera ocuparse específicamente del problema de la integración del indio al curso histórico nacional.⁵⁸ Como puede colegirse, Rabasa no concedió ni la más remota posibilidad de protagonismo autónomo a la población indígena. A su redención no concede otro camino que el del mejoramiento integral de las condiciones en que habitan los aborígenes. Es el contacto con la modernidad y con la civilización la única vía por la que el indio podrá reivindicar su participación en el espectro político del país. Rabasa afirma que el contacto reiterado con la población blanca puede llegar a ser un factor determinante de homologación paulatina. No niega, sin embargo, capacidad natural al indio para la vida civil; sólo que es necesario que la aprenda en el mismo curso de la interrelación social con los miembros de la raza blanca. "En todos los casos es la vida en medio de las castas superiores lo que transforma la mentalidad del indio."⁵⁹

Para modernizar al indio la acción pública debe ser comedida y orientarse más bien a la generación de condiciones que, por vía indirecta, obren el efecto civilizador, como es el caso de las vías férreas y, en general, de todas las vías de comunicación. Rabasa se opone rotundamente a que las leyes civiles, penales y fiscales se conviertan en un medio de tratamiento especial a la población indígena. "La protección

⁵⁶ Rabasa, Emilio, *La evolución...* (el capítulo XIII).

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 192.

⁵⁸ *Ibidem.* (cap. XIV sobre el problema del indio).

⁵⁹ *Ibidem.*

de los indios —nos dice— debe estar vedada a las leyes", porque éstas, al otorgarles un régimen particular, estarían "dándoles, a título de fuero, una distinción despectiva, y so pretexto de protección la sujeción de incapacitados".⁶⁰ La visión de Rabasa sobre este aspecto corresponde a las propuestas que perfilaron los pensadores del liberalismo clásico. Nuestro autor se inclina por la homologación ideal de las condiciones de los sujetos sociales, por considerar que el indio "debe aprender a vivir. . . viviendo"; es decir, en la práctica mesurada de las instituciones civiles. El mismo Rabasa descubre sus coincidencias con lo que llama el jacobinismo, sin embargo, pretende distinguir su planteamiento en razón de los móviles. Manifiesta que él no llega al reconocimiento de la necesidad de la igualdad civil por el camino de la "ternura filosófica", sino por el tratamiento de las causas históricas y sociológicas que favorecen el progreso de la civilización.⁶¹

No deja de ser contradictorio que Rabasa exija la homologación de trato jurídico para la población indígena en todos los terrenos, menos en el que se refiere al ejercicio de los derechos políticos. En este campo Rabasa quiere un trato diferencial, no especialmente para los indígenas, sino en general para todos los sujetos que, como ellos, carecen del requisito mínimo de la alfabetización. La congruencia del pensamiento de Rabasa sobre este asunto es dudosa, ya que, en el ámbito político, la condición de inferioridad que conlleva la de incompreensión de los procesos del sufragio se considera un obstáculo para su ejercicio, en cambio, esa misma inferioridad, en los otros ámbitos jurídicos, no se pondera como impedimento para la homologación del indígena; incluso se propone que su práctica necesaria accione como factor didáctico de la vida civil.

La dialéctica que anima la relación entre inferiores y superiores no se finca, según Rabasa, en el elemento étnico como tal, sino en la suerte histórica y en el estado evolutivo de cada grupo racial. Rabasa no califica al indio por sus rasgos estrictamente raciales; su inferioridad, como la de algunos mestizos que se les asimilan en condiciones, proviene de su incapacidad para establecer relaciones en sentido moderno, de la postración histórica en que los colocó la vida colonial.⁶²

Rabasa cree ciegamente en la superioridad del modelo cultural de los países occidentales. Concede a la racionalidad del pensamiento moderno plena autoridad sobre cualquier otro paradigma alternativo. Raza

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

blanca y superioridad racional son dos extremos que se asimilan; sin embargo, los miembros de otras razas pueden también educarse para cumplir con los derroteros de la vida civilizada y alcanzar los niveles superiores. La verdadera igualdad no tiene connotaciones materiales; es una igualdad en las posibilidades de acceso, que se define con la supresión paulatina de las restricciones al sufragio. Éste es, sin embargo, un proceso lento que debe ser dirigido por una élite ilustrada, con exclusión de las masas de incapaces.

Rabasa no tiene empacho en reconocer que el futuro de la nación mexicana será de características mestizas; incluso acepta a la raza indígena como portadora genética de uno de los troncos dominantes en la integración del mestizaje.⁶³ Con esto se confirma que su rechazo a los indígenas y a los mestizos homologados a éstos, es más una condena social que de connotación estrictamente racial. Su exclusión de la vida política no debe partir de un criterio discriminatorio en el sentido étnico, sino de su ineptitud colectiva para entender y protagonizar los mecanismos de acción de una sociedad civilizada.

A pesar de que Rabasa evidencia la tensión que guardan las instituciones constitucionales modernas respecto a la realidad mexicana, y de que sugiere la adecuación de las primeras para atenuar el contraste con las segundas, en realidad, en el fondo de su pensamiento, subsiste la idea de que es la sociedad mexicana la que debe transformarse para cumplir con el tipo jurídico de las naciones civilizadas y no a la inversa. En esta lógica, las adecuaciones constitucionales son vistas como meros accidentes y sus alcances señalados necesariamente como provisionales. Las restricciones al sufragio, por ejemplo, operan como un puente, en tanto los distintos elementos sociales se encuentran en aptitud de incorporarse al ejercicio pleno de los derechos políticos.

Para Molina Enríquez el asunto racial cumple una importancia mayor en el análisis de la realidad mexicana. Bajo el signo de la heterogeneidad étnica suele perderse el ideal patrio que, para el autor de los *Grandes problemas nacionales*, es el principal elemento de cohesión en el proceso de integración nacional.⁶⁴

Los problemas ocasionados por la diferenciación racial son destacados por Molina hasta situarlos en un primer plano, donde se imbrican con los problemas sociales y económicos a través del estudio de las formas de propiedad. Son estas últimas las que revelan el tipo de relación que cada elemento racial guarda con el territorio que ocupa; las que

⁶³ *Ibidem.* (en esp. p. 225).

⁶⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 358-394.

concretan un determinado grado de desarrollo evolutivo y, finalmente, las que se convierten en una de organización específica para el ejercicio del poder.⁶⁵ La relación estrecha y funcional entre los asuntos étnicos y las formas de propiedad aproxima el análisis de Molina a la perspectiva materialista. Los elementos de raza cumplen, en su análisis, un papel parecido al que desarrollan las clases sociales dentro del marxismo. Constituyen categorías analíticas de características multivalentes. Son, a la vez, el reflejo fijo de una estratificación social determinada y, también, elementos dinámicos que ayudan a identificar el sentido funcional de los grupos humanos en el terreno económico y en el político.⁶⁶

El problema racial es, sintéticamente dicho, un problema de integración en el que concursan impulsos de cohesión con factores de resistencia a la unidad. La fase estática del análisis de Molina se propone como una explicación antropológica de cada elemento de raza, en cambio, su aspecto dinámico muestra la interacción de los distintos grupos raciales; interacción que no revela características armónicas. Se trata, en cambio, de un proceso conflictivo y violento, que se expresa en la lucha por el predominio político de un elemento de raza sobre los otros y en una competencia, no siempre equilibrada, por los recursos apropiables del territorio, especialmente por la tierra.⁶⁷

El espectro racial tiene como ejes o vertientes torales a los grupos indígenas y a los españoles. A pesar de la distancia entre los distintos pueblos indígenas su condición aparece homogénea, sobre todo si se la compara con la de los españoles que definitivamente presentan un rango evolutivo de naturaleza diversa. A Molina le parece que no hay duda sobre el grado progresivo mayor de los españoles respecto del conjunto de pueblos indígenas; sin embargo, para él, no es este alejamiento en sus ritmos orgánicos colectivos el factor determinante que obstaculiza su compenetración, ésta proviene principalmente "del distinto origen construccional de sus lenguas, de su distinta noción

⁶⁵ Tanto en la obra *Juárez y la Reforma* como en *Los grandes problemas nacionales* se perfila este tipo de análisis integrado, cuyo referente jurídico más firme son precisamente las relaciones de propiedad.

⁶⁶ A esta forma de reconocimiento del carácter activo de las razas lo hemos denominado protagonismo histórico de los elementos étnicos. Para Molina la historia de México tiene su núcleo en la lucha de los elementos raciales por él identificados. Cotejar con el concepto de *casta* al que Molina alude para expresar las consecuencias sociales y materiales de la lucha racial.

⁶⁷ Ver, por ejemplo el capítulo "El verdadero Juárez" en la obra *Juárez y la Reforma*, pp. 137-156.

del principio fundamental de la organización y de su distinto concepto de la disposición de las cosas".⁶⁸ La confrontación de indios y españoles tiene un significado cultural y antropológico. Significa el encaramiento de las que Molina identifica como las dos grandes culturas de la humanidad: la oriental —cuyo dato diferenciador es precisamente la *resistencia* y la occidental que finca su dinámica principalmente en la *acción*—. Para Molina, los pueblos de la cultura oriental han evolucionado a partir de un principio de selección individual que se caracteriza por una disgregación mayor de sus componentes, que es correlativa a la necesidad de contar con un gobierno autoritario de naturaleza patriarcal que provea a su articulación. En cambio, la cultura occidental ha seguido en su evolución un principio de selección de naturaleza colectiva que se funda en la naturaleza guerrera de los pueblos que la componen. Su cohesión grupal es mayor que la de los pueblos orientales y, por lo tanto, sus gobiernos pueden organizarse con un grado de mayor laxitud en sus prácticas opresivas.⁶⁹

El choque cultural entre los portadores del carácter oriental, es decir, las razas indígenas, y los portadores de los elementos occidentales, o sea los españoles, no produjo un acoplamiento fácil, sino más bien problemático. La confrontación resultó ser "una articulación mecánica, que dividió la población total en dos castas distintas".⁷⁰ Esta bipartición dio origen a un sistema de dominación de los sujetos de raza blanca sobre los de raza indígena, fincando también las condiciones para el despojo territorial de que los indios fueron objeto.

El concepto de *casta* se refiere a la connotación autoritaria que adquieren las diferencias raciales en el plano político; alude a la situación de dominación del elemento blanco sobre la población indígena, apoyada en un acto de despojo de su base material de sustentación, es decir, su territorio.⁷¹

A pesar de la repulsión mutua que impulsaba a las castas durante la época colonial a mantener su pureza, ciertas circunstancias inevitables contribuyeron al surgimiento del mestizaje. Durante toda la época virreynal, el carácter ambiguo en el que los mestizos quedaron situados dificultó su integración en un grupo compacto de acción.⁷²

⁶⁸ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. I), p. 75, además todo el capítulo I de la obra citada se encarga de desarrollar el asunto de las diferencias entre las dos grandes culturas de la humanidad.

⁶⁹ *Ibidem.*, pp. 22-29.

⁷⁰ *Ibidem.*, pp. 70 y 81.

⁷¹ *Ibidem.*, pp. 83-84.

⁷² *Ibidem.*, pp. 113 y 124 a 126.

Sin embargo, el siglo XIX les brindó mejores condiciones históricas y fue posible verlos convertirse en un elemento ascendente que llegó hasta el predominio de los órganos de gobierno. El Plan de Ayutla marca el principio de su elevación sobre los otros elementos raciales. También la Reforma es un hecho destacado de su ascenso porque, aunque sea de forma marginal, les permite adquirir una base material de sustentación que se concreta en su arribo a la pequeña propiedad. Según Molina Enríquez, hay una línea de identidad uniforme entre los postulados del partido liberal, la pequeña propiedad agrícola y la suerte política de los mestizos.

Étnicamente, el mestizo corresponde a "la raza indígena de nuestro suelo, modificada por la sangre española".⁷³ Su contacto todavía abierto y permanente con el elemento indígena le granjea una fuerza de resistencia similar a la de los pueblos aborígenes que le permite condiciones de adaptación al territorio muy favorables. Por otra parte, el mestizo se benefició de la energía de acción de la raza blanca, pero a diferencia de ésta no queda expuesto a un desgaste prematuro, en virtud de la reserva energética que le proporciona su fuerza de resistencia que proviene de las cruces constantes con el elemento indígena.⁷⁴

La superioridad racial del mestizo debe transformarse en superioridad social y política dentro de la sociedad mexicana. Molina considera que el elemento mestizo terminará por diluir a los otros grupos raciales en la medida en que sus reivindicaciones básicas frente al latifundio y al capital extranjero se concreten. El proyecto de patria que los mestizos albergan, presenta mejores condiciones de sustentación uniforme que el de cualquier otro elemento de raza asentado en el territorio nacional. La cohesión del grupo mestizo surge de sus afinidades culturales, de su identificación histórica y de su afianzamiento como grupo dominante.

El optimismo mestizo de Molina se patentiza así:

Por ahora, la raza indígena se resiente de su atraso evolutivo, y la mestiza lucha entre el atraso evolutivo de los indígenas y la acción contraria de los criollos y de los extranjeros. Por algún tiempo todavía, existirá la línea de separación que aparta a los indígenas de los mestizos, y éstos, oprimidos por los criollos y los extranjeros, tardarán en desarrollarse plenamente, pero (...) los mestizos con-

⁷³ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 344 y ss.

⁷⁴ *Ibidem.*, pp. 346 y ss.

sumarán la absorción de los indígenas y harán la completa fusión de los criollos y de los extranjeros (...), y a consecuencia de ello, la raza mestiza se desenvolverá con libertad. Una vez que así sea, no sólo resistirá el inevitable choque con la raza americana, sino que en ese choque la vencerá.⁷⁵

Molina mismo vivió para desengañarse del entusiasmo sin límites que le provocaba el asunto mestizo. En 1932, en el Tomo I de la *Revolución agraria de México*, reconoce que "... por diversas circunstancias, y muy especialmente por la acción de los factores externos (el elemento mestizo) no pudo romper la formidable articulación de las dos castas, que prolongará... —decía entonces— no sabemos hasta cuándo, la organización colonial."⁷⁶

Otro problema no resuelto en la obra de Molina Enríquez se refiere al hecho contradictorio que resulta de afirmar, por una parte, que el gobierno del general Díaz se inició con una base mestiza bien definida y, por otra, reconocer que esa administración no fue capaz de arbitrar políticamente las cosas en beneficio de los intereses mestizos. El reconocimiento de estas infuncionalidades en el análisis de Molina, aunadas a algunas faltas evidentes de matiz que resultan de las globalizaciones exageradas sobre el papel protagónico de los elementos de raza, obligan a tratar cautamente el resultado de su análisis étnico; sin embargo, esto no merma sus méritos generales, patentes, sobre todo, en la penetración que su obra adquiere en el análisis político.⁷⁷

A diferencia de Rabasa, que coteja la situación del indígena con el estado de las naciones civilizadas de occidente, Molina explica su diferente nivel evolutivo con una base darwiniana mucho más consistente: llega a proponer la superioridad relativa de la raza indígena sobre la blanca. Pese a su retraso evolutivo, los indígenas conservan mayor energía que los blancos y, además, su proceso de adaptación al medio mexicano presenta también grados de congruencia mayor. Para fundar sólidamente su "épica mestiza", Molina requirió primero enfatizar las virtudes de la raza indígena, que para él constituye la verdadera base étnica del país.⁷⁸

⁷⁵ *Ibidem.*, p. 352.

⁷⁶ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. I), p. 128.

⁷⁷ Cfr. Córdova, Arnaldo. Prólogo a *Los grandes problemas nacionales*, en especial la p. 66.

⁷⁸ *Vid. supra* notas 73 a 75.

Reconocidos los dos troncos raciales fundamentales, Molina Enríquez efectúa la predicción de su fin; ambos troncos raciales deben quedar disueltos en el elemento mestizo. El proceso de homologación racial significa la desintegración del elemento indígena y del europeo en el gran proceso de mixturación racial que significa el mestizaje generalizado.⁷⁹ A la luz de los sucesos nacionales en el siglo XX la propuesta analítica de Molina Enríquez resulta desmesurada, en realidad la pluralidad racial es la condición normal de existencia del Estado mexicano, como de muchos otros Estados contemporáneos. De hecho, la raza ha dejado de ser en muchos casos un dato relevante para el análisis de los fenómenos sociales. Asimismo, los procesos de integración nacional no acontecen en una prosecución a pie juntillas de los fenómenos de mituración étnica. Resulta más realizable la unificación del tiempo evolutivo de los grupos sociales que su asimilación racial en el sentido físico que Molina la entendió.

En lo que hemos llamado la "épica mestiza" de Molina Enríquez, no sólo se involucran elementos de índole estrictamente racial. También se ponen en juego cavilaciones de naturaleza política, a partir de las cuales los mestizos resultan los portadores genuinos de un proyecto de construcción nacional, que incluye prácticas reformadoras en los niveles económicos y sociales, cuya primera condición se encuentra, precisamente, en el abatimiento del latifundio como forma de propiedad dominante. La modernización es, en este sentido, modernización agraria.⁸⁰

Si para Rabasa la élite ilustrada es el grupo impulsor en el que radica la fuerza modernizadora de la sociedad mexicana, para Molina la palanca dinamizadora la constituyen los mestizos. El autor de *La revolución agraria* no admite, como Rabasa, un destino civilizado idéntico para todos los pueblos; Molina cree en una forma de desarrollo peculiar para la sociedad mexicana, que tiene como eje la actividad agraria, sostenida por el ejercicio productivo de los pequeños propietarios. Opone esta alternativa al desarrollo industrial considerado como línea fatal de desarrollo. En su concepto, tanto el territorio mexicano como la población que habita en la superficie, han definido el sentido de su curso histórico por una clara vocación agrícola.⁸¹

⁷⁹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 358 y 359.

⁸⁰ Molina Enríquez, A., *Filosofía de mis ideas...* (odo el folleto), también *Los grandes problemas...* (los capítulos relativos al problema de la propiedad y al problema de la irrigación).

⁸¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 319 y 322 y 354-356; además, de la *Revolución Agraria* (t. V), los capítulos I y II.

6. LOS ASPECTOS AÑEJOS DE LA PROPIEDAD

6.1. *Rabasa y los afares del disimulo*. Si para los partidarios de la revolución mexicana el problema de la tenencia de la tierra aparece como el núcleo conflictivo a partir del cual se impulsa el movimiento, para Rabasa éste es el gran mito de la historia mexicana. Niega categóricamente el móvil agrario como causa fundamental de la Revolución y reduce el agrarismo a una corriente de propaganda que magnifica un aspecto secundario de la realidad nacional. Casi al finalizar la tercera parte de la *Evolución histórica del pueblo mexicano*, su autor se ocupa de refutar la existencia en nuestro país, del "problema de las tierras", como le llama. Considera ausentes dos condiciones que normalmente enmarcan su presencia: "que haya una población que esté pidiendo tierras para cultivarlas y que encuentre grandes obstáculos para adquirir las".⁸²

Según Rabasa, la proporción entre la superficie cultivable del territorio y la población asentada en él arroja un índice de densidad, de tal manera bajo, que constituye el primer indicio para presumir una adecuada distribución de la propiedad de la tierra en el país. Desde su punto de vista, las fuentes estadísticas que se han utilizado para denunciar la concentración de la tenencia de la tierra no han sido las idóneas. Él propone, para precisar el número de propietarios, revisar acuciosamente los registros de las oficinas rentísticas de los estados. Está seguro que el resultado conducirá a reconocer una situación no conflictiva en materia de apropiación fundaria en el país. Analiza los casos de Jalisco, Guanajuato, Veracruz y Chiapas. Según sus resultados en la mayor parte de estas entidades existe una proporción aceptable entre la población total y el número de propietarios inscritos en los padrones rentísticos.⁸³

El procedimiento de Rabasa es frágil en todo su desarrollo. En ningún momento analiza con detalle cuál es realmente la superficie susceptible de explotación agrícola en el país, tampoco empeña ningún rigor en diferenciar las calidades productivas de las distintas regiones, ni mucho menos esclarece la proporción de superficies ocupadas por la gran propiedad respecto de aquellas que corresponden a la pequeña. Rabasa no puede, en síntesis, desembarazarse tan fácilmente como pretende de los señalamientos objetivos de la realidad en materia agraria y, a cambio de una refutación empíricamente rigurosa, emprende el

⁸² Rabasa, Emilio, *La evolución...*, pp. 226-227.

⁸³ *Ibidem.*, pp. 241-245.

camino de la argumentación ideológica. Paralelamente, condena la propiedad comunal y reivindica la existencia del latifundio como elemento pionero en la explotación de las regiones despobladas o de acceso difícil.

Contra la propiedad comunal Rabasa argumenta con el mejor acento jacobino. La considera una reminiscencia de la época semisalvaje que disuelve la personalidad del individuo e impide que éste se descubra a sí mismo como agente civil:

El sistema comunal, preconizado muchas veces por los partidarios sentimentales de la protección, es el mejor para mantener al indio en la vida vegetativa, sin que despierte el sentimiento de la individualidad; el mejor para que se sienta confundido en la tribu, perdido en ella, sin derechos personales ni intereses propios, bajo la presión de la comunidad, encerrado en la casta y *puesto en oposición al hombre civilizado*, que se le presenta como un perseguidor y como un perpetuo enemigo.⁸⁴

Cualquier régimen especial que separe las relaciones de apropiación del sentido de la propiedad moderna tiene para Rabasa un sentido retardatario en el plano evolutivo. Cuando además el reconocimiento se pretende dirigir a las formas comunales de apropiación el asunto se complica, porque a los arcaísmos e inconveniencias que Rabasa atribuye a la propiedad comunal, deben sumarse las ineptitudes civiles de la población indígena. La concurrencia de estos factores origina una suerte de trampa histórica que puede explicarse así: por una parte, la infunción de la propiedad comunal inhibe la identificación individual de los indígenas, por otra, la ineptitud civil de éstos, acota los límites del aprovechamiento moderno de los bienes. La sobrevivencia de la propiedad comunal es para Rabasa motivo de desprestigio del país en el exterior, porque no sólo constituye una zona de estancamiento social, sino que también los comuneros desarrollan una actitud ofensiva contra las haciendas, generando inestabilidad para los propietarios privados.⁸⁵ Esta visión de las cosas se ofrece como antítesis de las explicaciones procedentes de los grupos revolucionarios, que ven en la dictadura porfirista la culminación de un proceso de despojo a las comunidades indígenas.⁸⁶

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 235.

⁸⁵ *Ibidem.*, pp. 236 y 237.

⁸⁶ Cfr. por ejemplo con la obra de Molina Enriquez en conjunto. También puede establecerse el cotejo con Orozco, Wistano L., *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos* (2 vols.), México, Ed. Imprenta "El Tiempo", 1895.

A pesar de las críticas vigorosas que Rabasa dirige a la propiedad comunal no puede evitar una recaída cuando se pronuncia partidario de la individualización de los bienes de los pueblos, y, a la vez, sugiere que se impida a los indios la enajenación de las parcelas resultantes.⁸⁷ La incongruencia es obvia: o mantiene Rabasa el tono del liberalismo a ultranza y entonces el individuo deviene propietario privado con todos sus efectos, o bien, admite que su peculiar condición social ha prohiado formas peculiares de apropiación que lo sustraen al régimen moderno. Lo que no se puede es sostener por un lado la infuncionalidad de la propiedad comunal y, por otro, proponer a cambio una especie de propiedad individual limitada que no mantiene congruencia con la historia de los pueblos indígenas. Antes de desechar el planteamiento rabasiano sobre este particular, conviene recordar que lo que hoy se conoce como propiedad ejidal en nuestro régimen jurídico, se parece en algo a la forma sugerida por Rabasa. El ejido parcelado, sin embargo, no genera una titularidad individual; en su regulación se conserva la idea de la entificación del pueblo como sujeto jurídico y sólo queda a los beneficiarios de las parcelas una especie de usufructo intransferible que se ejerce de forma individual.

Concomitante a la condena de la propiedad comunal se esboza en la obra de Rabasa una defensa tímida, pero sin embargo clara, del latifundio. Para Rabasa la concentración de superficies agrícolas sólo debe limitarse cuando de manera palpable, de ella resulte una privación a los demás sujetos sociales para trabajar la tierra; "cuando (los latifundios) no tienen este carácter, son tan inofensivos y aun tan útiles como un fundo ordinario".⁸⁸ Rabasa reconoce una invariable virtud del latifundio cuando sus titulares asumen el papel de *pioneer* en las regiones despobladas o difíciles del territorio nacional. Particularmente las zonas aldeañas a las fronteras norte y sur del territorio son las que sugieren a Rabasa el papel precursor que cumple el latifundio. ¿Se deberá esta convicción a las necesidades de justificar su propia condición de hacendado en el estado de Chiapas?⁸⁹ En todo caso Rabasa comparte con el grupo de "los científicos" el beneficio que les brindó el régimen porfirista para asentarse en el medio nacional como terratenientes importantes. A "los científicos", por voz de Pablo Macedo, correspondió el "honor" de promover las reformas a la Ley de Colonización y Deslinde de 1883, con objeto de eliminar

⁸⁷ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, pp. 232, 237 y 238.

⁸⁸ *Ibidem.*, pp. 247-248.

⁸⁹ Puede extraerse un panorama de las condiciones materiales de la familia Rabasa con la lectura de Elliot S. Glass (*vid. supra* cita 4).

de su articulado las disposiciones tendientes a limitar el número de hectáreas que podían adquirirse por cada persona como consecuencia de los deslindes.⁹⁰ También, las reformas de referencia consiguieron derogar las obligaciones que se imponían por la ley de 1889 en materia de colonización. Fuera de cualquier controversia cuantitativa, los hechos finalmente demuestran que las leyes de colonización y deslinde, cuyo antecedente es sin duda la legislación sobre terrenos baldíos de 1863, fueron el instrumento que sirvió a un proceso amplio de privatización de los recursos fundarios. Unas veces, quizás las más, significó la adquisición favorable de baldíos por nuevos propietarios, otras, sin embargo, el procedimiento involucró despojos cometidos contra las comunidades indígenas y aun contra los pequeños propietarios.⁹¹ De este hecho puede encontrarse un testimonio fehaciente en la obra clásica de Wistano Luis Orozco, *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*.⁹²

Para trasponer el latifundio en los casos que éste resulte perjudicial Rabasa se opone a cualquier procedimiento coactivo y, como contrapartida, propone mecanismos colaterales de inducción. Llama la atención que el autor de la *Evolución histórica del pueblo mexicano* sostenga, sin mayor conflicto, que el centro del país se encuentra liberado de la institución del latifundio y que realmente éste sólo se presenta en las zonas fronterizas. Esta apreciación, a ojos vistas inexacta, es un síntoma de incompreensión histórica en la obra de Rabasa que, si se liga a otras afirmaciones que vierte en relación con las causas de la Revolución mexicana, aportan en conjunto un cuerpo oscuro que interfiere la claridad de su obra a partir de 1910.⁹³ El desdén por la importancia de la Revolución va a ser su tónica desde entonces.

6.2. *Molina Enriquez y la propiedad como motivo histórico central.* El problema de la propiedad se instala en la obra de Molina como *leit motiv* de las explicaciones. El proceso evolutivo y el fenómeno constitucional de la sociedad mexicana se encuentran íntimamente asociados a los asuntos de la propiedad: el materialismo de Molina así lo

⁹⁰ González Navarro, Moisés, "El porfiriato. La vida social" en al obra comp. por Cosío Villegas, Daniel, *Historia moderna de México* (10 vols.), México, Ed. Hermes, 1957. Ver especialmente pp. 187-189 del tomo indicado.

⁹¹ *Loc. cit.*

⁹² Orozco, Wistano, L., *op. cit.* p. 821 y ss.

⁹³ La revolución nunca fue objeto de análisis en la obra de Rabasa, a pesar de que su obra histórica fundamental se publica en el año de 1920. Muy vejadas alusiones al régimen de la revolución se recogen en sus apuntes de Cátedra. (Ver Serra Rojas, A., *Op. cit.*, t. II, pp. 337 y ss.).

requería. La propiedad es el dato histórico que expresa la forma de relación entre los grupos sociales y el territorio que ocupan o, dicho de otro modo, la manifestación cultural concreta que expresa el modo específico de relación entre un grupo humano y la naturaleza.⁹⁴ Pero no sólo en el ámbito de los presupuestos analíticos es importante la propiedad; también en el terreno de lo político surge como una variable fundamental. Para el autor de la *Revolución agraria*, el poder de los grupos sociales se sustenta en una base material cuya referencia es precisamente la propiedad. El poder del Estado en buena medida se traduce en su capacidad de arbitraje y control sobre los recursos apropiables. Como nadie, Molina ha destacado la vinculación profunda entre el proceso constitucional y las relaciones de propiedad en nuestro país. A él corresponde el mérito de haber colaborado sustancialmente a concretar esta convergencia en el artículo 27 de la Carta de Querétaro.⁹⁵

Ya desde 1906, año en el que Molina concursa con su obra *Juárez y la Reforma* en el certamen para conmemorar el centenario del nacimiento de Juárez, se esboza con firmeza la identificación cabal de los asuntos de propiedad como un dato determinante del proceso constitucional del Estado mexicano.⁹⁶ Al analizar el efecto de las leyes de Reforma sobre la propiedad, Molina critica duramente los alcances de la ley de desamortización, atribuyéndole las limitaciones que derivan del enfoque criollo de Lerdo de Tejada, consistentes en una escasa penetración de la estructura social que pretende reformar. El anticlericalismo que alienta la ley de desamortización no es linealmente antilatfundismo ni posibilidad real de extensión para la pequeña propiedad. Escasamente la ley de nacionalización de los bienes del clero pudo desbordar los cauces criollos de su antecesora y restaurar sus errores. Sin embargo, aunque de modo parcial, permitió a los mestizos adquirir, a costa de los terrenos de los ayuntamientos y de las comunidades indígenas que fueron repartidos, algunos recursos fundarios que constituyeron el origen de la base material de sustentación que sirvió, a la postre, para afianzar los intereses políticos del elemento mestizo.⁹⁷ Este hecho no debe obstruir la visión de otro que resulta principal; el beneficio de los criollos nuevos, que con la Reforma en-

⁹⁴ Molina Enriquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 91 y 92; 118 a 131 y 151 a 238.

⁹⁵ Díaz y Díaz, Martín, "Molina Enriquez y la Constitución heterodoxa" en el No. 6 de la Revista *Alegatos*; publicación cuatrimestral del Depto. de Derecho de la UAM, Atzacapotzalco (mayo-agosto 87), pp. 30 a 38.

⁹⁶ *Op. cit.*, cap. II, relativo a las razas y a su medio material de sustentación.

⁹⁷ *Ibidem.*, pp. 115-136.

cuentran el acceso a la propiedad que hasta entonces las circunstancias les habían negado. Este grupo racial se alza como el genuinamente favorecido por el abatimiento de la propiedad eclesiástica. A partir de entonces los criollos nuevos disputarán a los mestizos, palmo a palmo, la hegemonía sobre la sociedad mexicana.⁹⁸

La idea central de la obra *Juárez y la Reforma* volverá a ser tratada de modo fraccionario en *Los grandes problemas nacionales*; sin embargo, encontrará formulación definitiva con la publicación de *La revolución agraria*.⁹⁹ En esta última obra, Molina perfila en forma concluyente el papel principal que juegan las reivindicaciones por la tierra dentro de la sociedad mexicana. La lucha antifeudal de los mestizos es la lucha por la pequeña propiedad agraria que se extiende desde la Independencia hasta la Revolución como un hilo conductor invariable. La visión epopéyica del protagonismo mestizo se hermana en la obra de Molina con las reivindicaciones agrarias, de tal modo, que esta conjunción de elementos resumen el sentido de la historia nacional.¹⁰⁰

La propiedad revela el estado evolutivo de los pueblos; es fundamentalmente un suceso histórico y, por lo tanto, cambia con las circunstancias de los sujetos sociales. Los grupos humanos conocen desde la mera relación accidental con el territorio, que caracteriza a los pueblos nómadas, hasta los modos más exquisitos de expresión formal, que corresponden a la propiedad de las sociedades mercantiles en su titularidad ideal sobre la tierra. Falta de noción de derecho territorial; noción de la ocupación, pero no de la posesión; noción de la posesión, pero no de la propiedad; noción de la propiedad y derechos de propiedad sin connotaciones materiales inmediatas, son los periodos evolutivos de la propiedad que se vinculan a estados de desarrollo que van desde el nomadismo hasta la acción de las sociedades modernas.¹⁰¹ En México subsisten formas de propiedad distintas, en la medida que existen grupos raciales a los que se asocian niveles evolutivos diferentes. Los pueblos indígenas acusan su pertenencia a diversos estados del dominio territorial, pero ninguno revela tener noción de propiedad en sentido moderno. A la población española y

⁹⁸ Molina Enriquez, A., *Los grandes problemas...*, el capítulo relativo al problema político; en *Juárez y la Reforma*, el capítulo que se refiere a las leyes de desamortización; de *La Revolución Agraria...*, los tomos IV y V.

⁹⁹ En esta obra Molina intenta incluso diseñar un modelo de análisis para la sociedad mexicana de validez universal como lo manifiesta en el prólogo del t. V.

¹⁰⁰ Ver la conclusión de *La Revolución Agraria...*, p. 193 del t. V.

¹⁰¹ Molina Enriquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 91-92.

criolla, sin embargo, corresponde el período de la noción de propiedad. La pequeña propiedad de los mestizos también debe colocarse dentro de este nivel. La propiedad en sentido estricto es una noción que lleva implícito el sistema de titulación escrita; en cambio, el dominio comunal de los indígenas corresponde a fases evolutivas anteriores, donde la legitimidad debe buscarse fundamentalmente en la posesión.¹⁰²

La heterogeneidad racial supone la desigualdad social y la pluralidad de formas de apropiación que subsiste a través de complicados trasplantes de estratos normativos.

Molina Enríquez, a diferencia de Rabasa, no contrasta las formas de propiedad que se manifiestan en México con el paradigma de la propiedad privada moderna. La asimilación de la obra de Wistano Luis Orozco pone a Molina a buen recaudo de tratar las relaciones de propiedad desde la óptica del derecho civil. Nuestro autor se encuentra persuadido de que es en el derecho de la época colonial donde se encuentran los moldes normativos que rigen efectivamente las relaciones patrimoniales en México. La remisión al derecho colonial permite entender cabalmente el sentido de la propiedad comunal de los indígenas y también tratar a la Hacienda en la dimensión adecuada. Rabasa no destacó la diferencia de sentido que existe entre la propiedad privada moderna y la forma tradicional de la Hacienda. Molina, en cambio, se prodiga en argumentos críticos contra este modo de propiedad, asentando con mucha claridad la tendencia a la amortización que engloba a las grandes propiedades de la zona fundamental de los cereales. Molina subraya con vigor los rasgos feudales de la hacienda mexicana y también la falta de rentabilidad que la acompaña. La "vanidad y el orgullo" son el verdadero aliento de esta forma de propiedad; la pauperización y el constreñimiento de los peones constituyen su condición natural.¹⁰³

Las grandes haciendas no son un buen negocio en nuestro país, su vocación está definida más en razón del prestigio personal de sus dueños que por su destino realmente productivo. La falta de rentabilidad de la hacienda la convierte en un elemento pernicioso hacia las otras formas de propiedad y hacia los grupos de población que integran el peonaje, porque los únicos recursos que puede poner en juego para perpetuarse consisten en la dilatación de su extensión —que ocurre a costa de las comunidades vecinas o de la pequeña propiedad— y

¹⁰² *Ibidem.*, pp. 190-194.

¹⁰³ *Ibidem.*, pp. 156-161.

la disminución de sus gastos de operación —que se traduce en una sobreexplotación de los peones, a través del rebajamiento de sus jornales.¹⁰⁴ De esta forma resulta que la hacienda socialmente es una fórmula despótica y económicamente una verdadera rémora para el desarrollo de la producción agrícola.

El afán crítico que Molina pone en práctica contra las grandes haciendas deja sin embargo algunas lagunas difíciles de integrar. No se refiere, por ejemplo, al proceso de implantación de bienes de capital de características modernas en las haciendas azucareras del estado de Morelos, que bien puede citarse como una causa inmediata del movimiento zapatista en el Sur. Demasiado ocupado en subrayar la importancia de la zona fundamental de los cereales tampoco considera el papel de los ranchos agrícolas del Norte que, con sus rasgos similares a las granjas del oeste norteamericano, constituyeron una verdadera cantera que proveyó la mayor parte de los dirigentes que ejercieron el gobierno revolucionario en su primera década.

En 1909, cuando Molina publica *Los grandes problemas nacionales*, las medidas que sugiere para conseguir el fraccionamiento de la gran propiedad exhiben un tono marcadamente moderado. En la obra citada Molina se pronuncia por descartar como causa del fraccionamiento el impulso espontáneo que los hacendados puedan otorgarle. A cambio, recomienda la expedición de dos series de leyes; la primera tendría por objeto conseguir, en un plazo no mayor de quince años, la homologación catastral de la propiedad agraria; la segunda debería dirigirse directamente a propiciar la división de las grandes haciendas.¹⁰⁵ Para este último efecto, Molina encontró que los actos traslativos de dominio por causa de muerte otorgarían la oportunidad precisa para forzar la partición. Como salta a la vista, la medida propuesta estaba lejos de esgrimirse con el sello radical que en momentos posteriores Molina iba a adoptar. A pesar de que la segunda serie de leyes trastocaba el sentido inviolable de la propiedad al aplicarse en pleno constreñimiento de la voluntad de los testadores, nunca implicaba una irrupción tan violenta como la que aparejan los actos expropiatorios, a cuya eficacia Molina se acogería en años posteriores.

En un escrito polémico al que tituló *Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias*, en 1911, Molina utiliza un tono exaltado que se aleja de la línea de ecuanimidad que atraviesa *Los grandes problemas*

¹⁰⁴ *Ibidem.*, pp. 161 y ss.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, pp. 181-199.

nacionales; refiriéndose a lo que llama *feudalismo rural*, siguiendo en esto a Wistano Luis Orozco, Molina expresa que la hacienda:

(...) en ningún pueblo de la tierra y en ningún estado evolutivo de la humanidad ha desaparecido por virtud de una progresiva modificación: siempre absolutamente siempre, ha desaparecido por la acción violenta de una revolución sangrienta e implacable.¹⁰⁶

Influido por el curso tímidamente agrarista que asume el maderismo y por los presagios que alienta el posterior golpe huertista, Molina afianza sus convicciones revolucionarias y entiende que el abatimiento de la estructura oligárquica del porfiriato, sólo podría llevarse a cabo a través de la acción violenta del Estado sobre la gran propiedad. Su nueva propuesta es entonces la expropiación.¹⁰⁷

En estos planteamientos enfáticos debe buscarse el origen ideológico de la Ley Agraria del 6 de enero de 1915. La guía para proceder así la proporciona el mismo Luis Cabrera, a quien la historia ha imputado sin matices la autoría de dicha ley.¹⁰⁸

Molina Enríquez llega a perfilar con nitidez la necesidad del arbitraje público de los recursos necesarios para el desarrollo del país. De hecho bosqueja la lógica del artículo 27 constitucional desde 1909, cuando en Los grandes problemas nacionales se refiere al problema de la propiedad del agua. Allí se patentiza con claridad que Molina ve en el poder público una especie de continuador de la Corona española: "Si (...) dentro de las instituciones vigentes puede darse a los poderes constitucionales, capacidad jurídica suficiente para que continúen la de los poderes constitucionales correlativos, mucho se adelantará en el sentido de aclimatar y asegurar dichas instituciones." (...) todos los derechos a las aguas tendrían que derivarse de la facultad de distribución que los poderes constitucionales vendrían a tener ...".¹⁰⁹

Además de este arbitraje público alude específicamente al *patrimonialismo* español como norma para conseguir la derivación de las aguas originalmente nacionales a los particulares. Están también en su obra identificadas las formas de apropiación plurales que existieron en el periodo colonial; se refiere a una propiedad originaria anterior a la privada; a una propiedad pública, a la que llama propiedad del fis-

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 255; cfr. con la cita a la que se refiere la nota 101.

¹⁰⁷ *Loc. cit.*

¹⁰⁸ Cabrera, Luis, *op. cit.* (vid. supra nota 5).

¹⁰⁹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, p. 256.

co; cita también la propiedad comunal y la propiedad privada. Este espectro es el que se conjugará posteriormente bajo la lógica del arbitraje público de los recursos apropiables, para dar paso al sistema del artículo 27 constitucional.¹¹⁰

Cabe tener presente que Molina, para la descripción del régimen de propiedad hidráulica, confiesa seguir la misma lógica de regulación bajo la que se organizan patrimonialmente los recursos fundarios.¹¹¹ Justamente en el artículo 27 constitucional tierras y aguas componen el objeto directo de regulación, que después va a ir extendiéndose por la práctica interpretativa hasta abarcar a todos los recursos apropiables comprendidos dentro del territorio nacional.

Al tiempo que ocurre el proceso de su radicalización ideológica Molina Enríquez se muestra cada vez más proclive al arbitraje público de los recursos apropiables. Critica con fuerza el carácter inviolable que la gran propiedad ha adquirido en México, señalando que ha terminado por convertirse en una verdadera zona de inmunidad, a la que incluso se sacrifica frecuentemente el interés general de la nación. Para Molina Enríquez, la inviolabilidad de la propiedad no tiene la connotación moderna que la experiencia de otros pueblos le ha conferido dentro de sus respectivos contextos; en México, éste es un concepto que encubre una forma arcaica de propiedad y unos beneficios que fluyen en forma de privilegios en favor de los criollos, quienes son el verdadero elemento beneficiario de los recursos del país.¹¹²

En forma paralela a lo que expuso en torno de la libertad, Molina cree que también en materia de propiedad debe llegarse a una caracterización relativa de este derecho; a un concepto permisivo que favorezca la injerencia legítima y continua del poder público en la definición del sentido de su ejercicio y que refleje los datos orgánicos de la realidad en relación con la función social de este derecho. Siguiendo de cerca a Comte, Molina explica el carácter condicionado que la forma jurídica de la propiedad representa. "Las sociedades —nos dice— tienen existencia material y objetiva: la propiedad es sólo una noción subjetiva. Siendo así, los límites de la propiedad no deben ir más allá de donde las necesidades vitales de la sociedad lo exijan".¹¹³ El derecho de propiedad no puede alzarse como un obs-

¹¹⁰ Díaz y Díaz, Martín, "Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, E.L.D., Anual, No. 11, México, 1987 (en esp. parágrafos 3 y 4).

¹¹¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 256 y ss.

¹¹² *Ibidem.*, pp. 151-161 y 305-308.

¹¹³ Molina Enríquez, A., "Filosofía de mis ideas agrarias...", p. 254.

táculo para el desarrollo general de la sociedad; al contrario, requiere definirse en un plano de subordinación al poder público donde se reconozcan como legítimas las vulneraciones políticas de los intereses individuales. La legitimidad del derecho de propiedad cambia de fuente; se traslada de la condición individual del sujeto a la función que la propiedad debe jugar como elemento en el proceso de realización —para decirlo con Molina— de “una nacionalidad orgánica grande y fuerte, rica y dichosa”.¹¹⁴

El antijacobinismo de Molina es al mismo tiempo más firme y menos retórico que el de Rabasa; en su obra no se reconocen las recaídas individualistas que a veces nublan el positivismo rabasiano. Molina no siente el influjo sagrado de la propiedad individual; para él este derecho es sólo un recurso inmerso en el proceso general de construcción del Estado. Molina busca la implantación definitiva de la pequeña propiedad porque ve en ella un factor de nivelación social. En esta forma de propiedad está empeñada de plano su confianza y a ella encomienda la hipótesis de la suficiencia productiva de la zona fundamental de los cereales¹¹⁵ y, por ende, del país en su conjunto. La propiedad individual es el recurso funcional de una sociedad equilibrada, pero nunca el principio intangible que sirve de condición ideal al proceso privado de acumulación de capital.

En la propiedad comunal Molina no ve más que un hecho histórico al que debe reconocerse transitoriamente. El punto final sobre la propiedad comunal está puesto por la modernización a que tarde o temprano tendrán que arribar las comunidades de indios. La homologación del curso evolutivo de la sociedad mexicana conlleva la disolución natural de la propiedad comunal. Mientras esto no suceda, en el régimen jurídico debe reconocerse esta fórmula de apropiación, porque a base del trato normativo diferencial puede evitarse la consumación del despojo a los pueblos de indios. De hecho, la restitución debe también impulsarse dentro del programa de reformas sociales; ésta es la condición para que los indios y los mestizos se incorporen a una lucha común contra la gran propiedad de los criollos. Esta disputa es en sí misma la Revolución.¹¹⁶

Para conseguir el tránsito de la propiedad comunal a la individual Molina recomienda una reglamentación hábil y gradual que, poco a poco, vaya generando la noción de la posesión individual.

¹¹⁴ *Loc. cit.*

¹¹⁵ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 174 a 177 y 185 a 190.

¹¹⁶ *Ibidem.*, pp. 198 y 199.

El comunero comienza por hacer suya, exclusivamente suya, la casa que construye...; luego que los elementos de vida y acción se le permitan, toma un pedazo de tierra, generalmente junto a su casa, y lo siembra; si la cosecha lo favorece es casi seguro que ya no perderá la posesión de ese terreno... con el tiempo, a favor de la selección, se ven aparecer los primeros poseedores.¹¹⁷

6.3. *Definición del contraste.* Entre las visiones de Rabasa y de Molina Enríquez sobre los asuntos vinculados a la propiedad hay distancias irrecuperables. Mientras Rabasa se muestra partidario del trato jurídico uniforme y, por ende, del desconocimiento de las formas tradicionales de apropiación; Molina se inclina por la recepción normativa de estas últimas y, por lo tanto, pugna por que el orden jurídico acoja las distintas situaciones evolutivas en que se debate la población, a través del reconocimiento de las formas de propiedad que las expresan.

Para Rabasa la propiedad no es un asunto que determine el proceso de modernización de un pueblo; él cree más en la fuerza civilizadora del conjunto institucional que alienta la Constitución política de un Estado. En la obra de Molina Enríquez, la lucha por la propiedad agraria termina afianzándose como el elemento dinamizador más importante. El curso histórico del país aparece vinculado a la suerte de la propiedad, porque ésta concreta los intereses de los agentes raciales que participan en el proceso. En este sentido las ideas de Molina, voluntaria o involuntariamente, quedan ligadas por una línea de continuidad con las del doctor Mora, las de Otero, las de Arriga y las de Wistano Luis Orozco, que integran su antecedente próximo y reconocido.¹¹⁸ Hacia adelante, las concepciones de Molina van a constituirse en el *corpus* oficial en materia de propiedad a partir de su recepción en la Constitución de Querétaro. La tradición de Rabasa en materia de propiedad corresponde a la del liberalismo ortodoxo; su proyección se concreta en la visión de quienes han impugnado el artículo 27 constitucional, porque en su contenido han descubierto desorden y desacato al carácter inviolable de la propiedad privada en su sentido moderno.¹¹⁹

¹¹⁷ *Ibidem.*, p. 192.

¹¹⁸ En el mismo sentido: Brading, David, ‘Darwinismo social e idealismo romántico’ en su libro *Mito y profecía en la historia de México*, México, Ed. Vuelta, 1988, p. 177.

¹¹⁹ Por ejemplo, Dictamen de la Comisión nombrada por el Primer Congreso Nacional de Industriales sobre *El artículo 27 constitucional*, México, Imprenta Escalante, 1917.

Según Molina Enríquez, el dato objetivo de la heterogeneidad de las formas de apropiación debe quedar inserto como elemento fundamental en el régimen jurídico mexicano, aunque en el propio orden normativo deben establecerse cauces para su homologación paulatina. Rabasa sostiene un punto de vista opuesto. Para él, aunque se reconozca diferencias evolutivas manifiestas entre los grupos de la población, el tratamiento jurídico adecuado consiste en reconocer solamente la fórmula moderna de la propiedad privada. Exclusivamente en la igualdad de trato jurídico encuentran los pueblos atrasados la oportunidad para romper su postración.

En la lectura de los dos autores que hemos elegido no deja de intranquilizar la paradoja que encierran estos corolarios: por una parte, Rabasa auspicia la igualdad en el trato jurídico a todos los propietarios del país, pero niega la condición de ejercicio político homogéneo a los analfabetas. Por otro lado, Molina supone como premisa el postulado político del sufragio universal, pero lo diluye en el sentido vertical del arbitraje que al Estado atribuye en materia de reformas sociales. En ambos planteamientos existe incongruencia. Ambos también son en el fondo autoritarios.

7. DOS PERFILES AUTORITARIOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO MEXICANO

7.1. *El proceso inacabado y las peculiaridades de su génesis.* Es necesario insistir en que, tanto para Rabasa como para Molina Enríquez, el proceso constitucional mexicano se encontraba todavía en periodo de desarrollo. Además, la entidad política mexicana no habría de lograr pronto sus rasgos definitivos. En el caso de Rabasa el apoyo de la afirmación procede del cotejo que realiza con el ritmo evolutivo que marcó la historia de los países europeos. Para Molina Enríquez la plenitud política tiene como condiciones previas la homologación racial y la nivelación económica y social de los pobladores del país.

Rabasa inicia el análisis del proceso constitucional mexicano con la previa identificación de lo que considera la línea evolutiva natural en la conformación política de los pueblos. La línea tipo corresponde a la experiencia histórica de los países europeos como Francia o Gran Bretaña. En el desarrollo de estos pueblos es posible identificar con claridad dos etapas que integran el curso de su formación política. Una se refiere a la construcción de la nacionalidad, que se expresa en las tareas de afianzamiento territorial y de unificación de la población,

que llevó a cabo en Europa, como protagonista central, el Estado Absoluto. Otra fase del proceso alude a la consolidación institucional de las libertades civiles y a la integración de los mecanismos de participación política al régimen del Estado. En esta segunda fase es en la que se incorporan los rasgos políticos modernos que rectifican el sentido autoritario del ejercicio de la función de gobierno. Así establecidas las cosas, Rabasa considera que la disciplina, la unidad nacional y la identificación del ciudadano, que se refieren a la etapa inicial de la construcción de la nacionalidad, preceden en el tiempo a la libertad, la soberanía nacional y la democracia, cuyo espacio histórico de realización se remite a la etapa propiamente moderna. Éste es el orden natural del proceso político.¹²⁰

Fincadas las condiciones del arquetipo evolutivo, Rabasa procede a demostrar las distorsiones que se causan en el curso histórico de los países latinoamericanos. En el desarrollo progresivo de estos últimos se detecta una alteración principal que se debe a la irrupción violenta en el curso histórico de los pueblos indígenas a través del acto que concretó la conquista. La empresa española devino elemento perturbador de carácter artificial y causa de origen de una disfunción evolutiva en las colonias. El gobierno virreinal, armado a recaudo de la Corona española, fue una acumulación de órganos cuyos controles recíprocos diluyeron las líneas de acción eficaz que mantuvieron la vigencia de las monarquías europeas por varios siglos. En la Colonia se inhibió el proceso de integración nacional por el trato diferencial que se otorgó a las castas; no pudo implantarse un sistema racional de prácticas administrativas, similares a las que estatuyó la Corona española en la península y, por último, tampoco fue posible desarrollar una noción clara del ejercicio territorial de la función de gobierno. La Corona española se condujo como dueña inmobiliaria del territorio y dio a sus colonias el trato que se otorga a los fundos rentísticos en el sentido más llano del término.¹²¹

La desoladora descripción de las situaciones coloniales se completa, en la obra de Rabasa, con un corolario que resulta absolutamente concluyente: la Colonia fue un periodo de entrampamiento evolutivo; durante tres siglos la sociedad mexicana resintió el influjo autoritario de un gobierno infuncional que fue impotente para generar las condiciones de unidad social y afianzamiento territorial que en Europa desempeñaron los Estados Absolutos.¹²²

¹²⁰ Rabasa, E., *La evolución...*, p. 145.

¹²¹ *Ibidem.*, pp. 20 a 25.

¹²² *Ibidem.*, p. 145.

La Independencia sorprendió a los países latinoamericanos sin las condiciones de madurez orgánica que eran necesarias para intentar, con posibilidades reales de éxito, la vida institucional moderna. Ya no era tiempo de pensar —como quisieron los conservadores mexicanos— en recomenzar el proceso a partir de la experiencia monárquica. “No se trataba —nos dice Rabasa— de saber cuál sería el gobierno más conveniente, sino cuál era el *posible*, y es mucho más fácil establecer una república con sólo proclamarla, que fundar una monarquía sin prestigio histórico, hábitos domésticos, clases sociales de elevado rango ni raíces en el corazón del pueblo”.¹²³

Con la forma republicana se desparramó entre las clases ilustradas de los países latinoamericanos un entusiasmo por el pensamiento y las instituciones jacobinas que no reparó en las dificultades históricas que la propia realidad delimitaba. Se pretendió cubrir nuestro proceso constitucional con un dechado de principios modernos a despecho de las condiciones orgánicas precarias de la nación. Vino la libertad a entronizarse como valor inviable y, tras de ella, acudieron las proclamaciones democráticas y el sufragio universal. Pero, entre más se descartaba la realidad, ésta más porfiadamente reaparecía, de tal forma que en la masa general, tuvieron que cumplirse las leyes sociológicas y, con ellas, consumarse la consolidación del poder dictatorial. Aquí se origina un desfase que después ha sido muy difícil desandar, se produce entre la organización política real del pueblo mexicano y sus expresiones formales que concretan las constituciones escritas. Rabasa, más que evidenciar la imposibilidad histórica de la Constitución de 1857, reconstruye los nexos orgánicos entre la Constitución y la Dictadura, revela su distancia pero también su proximidad. La dictadura va a contrapelo de la Constitución porque la Constitución contraviene la realidad. La Constitución es desacertada en el balance específico del poder, pero es un texto adecuado en el cauce general de su sentido. La realización política del pueblo mexicano depende de su capacidad para generar un régimen intermedio entre el Estado moderno y la dictadura, entre el sentido democrático de la Constitución y las prácticas enfáticamente verticales del gobierno.¹²⁴

La dictadura ha representado en México lo que en Europa fueron los Estados absolutos, en cuyo seno se gestaron las condiciones materiales necesarias para sostener las acciones de unificación y afianza-

¹²³ Rabasa, E., *El juicio constitucional...*, p. 173.

¹²⁴ Dicho estado intermedio corresponde al gobierno semiabierto de la oligarquía ilustrada, que Rabasa propone como conclusión de *La Constitución y la dictadura*.

miento territorial. Paralelamente, en la dictadura vino a condensarse el proceso de construcción nacional que el gobierno virreinal y los gobiernos independientes de la época de la anarquía no fueron capaces de desarrollar. La dictadura fue, sin embargo, una fórmula de gobierno ambivalente, porque si bien su ejercicio mostró las ventajas de la disciplina a ultranza, también exhibió la necesidad concomitante de constreñir la libertad y subordinar el derecho a los designios de la *razón de estado*. La apariencia legalista de la dictadura del general Díaz creó una zona de artificio donde los símbolos modernos se conjugaron en toda su coherencia, pero ese ámbito fue incongruente con el sentido de las leyes sociológicas, que demandaban la atención específica de las peculiaridades nacionales. El desfase más fuerte no se produjo entonces entre la Constitución y la Dictadura, sino entre la Constitución y las condiciones históricas del pueblo al que se dirigía. Así las cosas, la dictadura admite una doble génesis: procede de las condiciones de imposibilidad que conlleva la Constitución, pero también de la situación orgánica en la que se agita el pueblo mexicano. La Constitución puede sin embargo salvarse, en la medida que en su contenido obren concesiones a la realidad.¹²⁵

Sobre el proceso constitucional mexicano Molina Enríquez borda de otro modo sus argumentos. Para él, el asunto tiene visos naturalistas y en ese tenor diseña su explicación. Se remonta a los rasgos peculiares de organización que caracterizan a la cultura oriental. Entre los pueblos orientales rige el principio de *selección individual* al que corresponde, como contrapeso a las tendencias disgregadoras que le son consustanciales, una organización política que se basa en la cooperación obligatoria. El régimen de gobierno en oriente es de naturaleza patriarcal, en su composición no se dibujan los rasgos civiles que definen las instituciones políticas en la cultura occidental. El gobierno patriarcal es autoritario, en ocasiones despótico; en su ejercicio el jefe dispone desde un plano de superioridad las condiciones de la convivencia social; el poder-padre “da y quita” sin atenerse a un orden normativo previo y relativamente cerrado, como sucede en occidente.¹²⁶

Para establecer la vinculación entre la forma patriarcal de gobierno y nuestra propia realidad, Molina recuerda que los elementos mayoritarios de población son el indígena y el mestizo. Étnicamente estos grupos tienen un antecedente asiático indiscutible y, precisamente, esos

¹²⁵ Rabasa, E., *La Constitución...* (en especial el último capítulo sobre el “Problema actual”).

¹²⁶ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. I), pp. 18 a 28 y 79.

orígenes orientales favorecen su inclinación a la forma patriarcal de gobierno. Indios y mestizos ajustan mejor sus condiciones de vida a un régimen de *cooperación obligatoria* que a las formas modernas de participación democrática.¹²⁷

Otro dato que Molina Enríquez valora como de primera magnitud en el análisis del proceso constitucional mexicano es el de la heterogeneidad en el proceso evolutivo de la población. El hecho de esta peculiar concurrencia de fases evolutivas múltiples exige un tipo de gobierno al que Molina denomina *integral*. Esta fórmula política alude a un complicado mecanismo de sincronización a través del cual la función de gobierno se bifurca en una doble vertiente: la homologación del ritmo evolutivo de los distintos elementos que componen la nación y, simultáneamente, la atención especial transitoria a cada elemento específico de la población. En la obra de Molina la formación nacional debe guiarse por un proceso de integración de lo múltiple, no de su negación. El proceso de acoplamiento político es complejo y no puede resolverse por la vía de la eliminación de los elementos tradicionales de la sociedad mexicana. En esta dimensión el proceso modernizador no avasalla al elemento indígena, sino más bien recoge, a través de la acción niveladora del Estado, distintas influencias raciales.¹²⁸ La uniformidad evolutiva se debe conseguir acelerando el ritmo de los elementos atrasados pero también conteniendo el avance de los más adelantados. Estas ideas contrastan de manera evidente con las de Rabasa. En este último autor los grupos avanzados no coinciden en su ritmo ni en su lógica; luego, la modernidad se proyecta como una necesidad de progreso a partir del aprendizaje de las prácticas institucionales de los países civilizados.

Mientras Rabasa comprende la situación colonial como una trampa al ritmo evolutivo de la sociedad mexicana, Molina la explica como un periodo de formación en el que se delinearán los antecedentes sociológicos de los rasgos nacionales peculiares. Políticamente al gobierno virreinal no le escatima méritos. Incluso lo trata favorablemente cuando reconoce en dicha forma de ejercicio político la primera manifestación del *gobierno integral*. El Virrey fue jefe de estado para los españoles, a nombre del monarca peninsular, y fue padre para los indios, en la medida que éstos necesitaban de la organización patriarcal. El colonial fué un régimen de dominación violenta donde proliferó la estructura

¹²⁷ *Loc. cit.*

¹²⁸ *Ibidem.*, pp. 79-80; *Juárez y la Reforma*, pp. 55 y 56, y *Los grandes problemas...*, pp. 133 a 136.

de castas, pero fue también una instancia de recepción de lo múltiple. En la legislación colonial se dió cabida a los distintos elementos raciales a través del reconocimiento de las formas plurales de propiedad que a cada elemento correspondían, de acuerdo con su propia experiencia histórica.¹²⁹ Cuánta distancia existe entre el que afirma la atención de lo múltiple como una virtud del ejercicio político -Molina- y el que condena la recepción de la lógica tradicional como un obstáculo que entorpece las prácticas modernizadoras de la sociedad -Rabasa-.

Desde el punto de vista del proceso político mexicano, la etapa que transcurre entre la independencia y el gobierno de Juárez es una experiencia perdida, salvo por los avances relativos que consiguen los mestizos a través de las Leyes de Reforma. Molina coincide con Rabasa en considerar los periodos presidenciales de Juárez y Lerdo de Tejada como una fase de transición en la que empiezan a definirse los rasgos dictatoriales del gobierno mexicano. Desde luego para Molina el énfasis de la ponderación recae sobre todo en la administración de Juárez, que para él constituye el primer gobierno mestizo consolidado. La administración de Lerdo, en cambio, participa del enfoque traidor que caracteriza los actos de los criollos.¹³⁰ La base mestiza que ejerce la administración en la primera etapa de la dictadura porfirista se convierte, a través de las explicaciones de Molina, en un auténtico argumento legitimador del régimen. Molina acaricia la utopía de una dictadura mestiza en la que los criollos no violenten las acciones de gobierno hacia los derroteros de sus intereses; juega placenteramente con la idea de que el gobierno dictatorial es un engendro natural del elemento mestizo. Por eso, los *Grandes Problemas Nacionales* inducen a encontrar la sucesión del dictador en la persona por parte del General Reyes, como la solución lógica al proceso evolutivo de la sociedad mexicana.¹³¹

Al Gobierno del General Díaz, Molina le considera el retorno al *gobierno integral*, cuyo antecedente se remonta precisamente al régimen virreinal. Las prácticas del general Porfirio Díaz permitieron recomponer el espectro social de la nación, a través de una cuidadosa política de incorporación de los elementos de raza a la lógica de su gobierno. En este proceso de integración cada sector de la sociedad recibió relativa satisfacción a sus expectativas. Refiriéndose al dictador en un pasaje de los *Grandes Problemas Nacionales*, Molina dijo:

¹²⁹ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. I), pp. 83 y ss.

¹³⁰ *Ibidem.*, (t. II), pp. 81-126.

¹³¹ En momentos posteriores Molina reconoció haber recibido el financiamiento para la edición de la obra del mismo general Bernardo Reyes.

Es un hombre único, que en una sola nación, ha tenido que gobernar y ha gobernado sabiamente, muchos pueblos distintos, que han vivido en diferentes periodos de evolución, desde los prehistóricos hasta los modernos. Creemos sinceramente, que pocas veces ha abarcado la inteligencia, lo que ha abarcado la suya.¹³²

Esta visión tan favorable de la figura del dictador va a encontrar refutaciones en la obra postrera de Molina, concretamente en el tomo IV de la *Revolución Agraria* su autor dedica sendos capítulos —la infraestructura de la dictadura y sus bajos fondos— a revisar críticamente los errores porfiristas.¹³³

7.2. *Las perspectivas de la dictadura.* En el numeral anterior se hizo patente la convicción común que albergaron Rabasa y Molina Enríquez acerca de la necesidad que la sociedad mexicana evidenciaba de un gobierno de tipo dictatorial. Para Rabasa la dictadura cumple en el proceso constitucional la fase de integración que los pueblos latinoamericanos no tuvieron al no haberse suscitado entre nosotros una experiencia equivalente a la de los estados absolutos europeos. Molina ve en la dictadura, no la reposición americana de una etapa histórica del viejo continente, sino la fórmula política natural que sirve de manera idónea para regir el destino de una población donde preponderan los elementos indios y mestizos. Sea como fuera, para los dos analistas la dictadura juega una función positiva para el gobierno mexicano. Ambos ven en el dictador ingentes virtudes personales y aciertos en la conducción del país. Coinciden también en afirmar que la pieza clave en la construcción política de la dictadura fue la forma en la que el General Díaz manejó las relaciones con los factores de poder.¹³⁴ A Molina le parece superior políticamente el momento del despegue de la dictadura en el que el general Díaz incorpora lo que considera una base mestiza para la administración; sin embargo, critica duramente al dictador la tendencia creciente al favorecimiento de los criollos, particularmente por su alianza cada vez más clara con los criollos nuevos. Rabasa, por su parte, siente que el clímax del porfiriato coincide con el fin del siglo; en ese momento el prestigio del dictador se encuentra

¹³² Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, p. 147.

¹³³ Sobre este particular debe siempre contrastarse el tono crítico que adopta Molina en la obra citada con las loas que vierte a la persona del Dictador en *Los grandes problemas nacionales*.

¹³⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 136 a 138.

en su punto más alto y los mecanismos que emplea como herramienta política han encontrado condiciones óptimas de operación.¹³⁵

Rabasa y Molina Enríquez discrepan sobre el periodo de vigencia que atribuyen a la dictadura. Para el primero ésta comienza con la reelección de Juárez y se extiende en perfecta continuidad hasta el porfiriato.¹³⁶ Molina, a pesar de que trata los gobiernos de Juárez y de Lerdo como periodos preparatorios, no ubica el origen de la dictadura sino hasta la segunda elección del general Díaz, es decir, al concluir el Gobierno del General Manuel González.¹³⁷

El problema de la continuidad, al ser resuelto de manera distinta por cada uno de los autores que analizamos, arroja perspectivas y consecuencias también diversas. A Rabasa, el engarce del porfiriato con las administraciones de Juárez y Lerdo de Tejada bajo el rubro general de la dictadura, le permite romper el argumento de las diferencias de legitimidad entre la dictadura porfirista y el periodo que la precede; en cambio, en la obra de Molina Enríquez, de existir continuidad entre el periodo de transición y la dictadura, o más precisamente, entre el gobierno de Juárez y la dictadura, el nexo debe buscarse en la permanencia del elemento mestizo como factor dominante de la administración, pero de ninguna manera en el plano institucional. A Juárez, Molina lo considera redentor de la Presidencia constitucional que había quedado depuesta con el golpe de estado de Comonfort; a él se debe, además, "la obra de fundar... la nacionalidad mexicana en el elemento mestizo de la población".¹³⁸

Considerando la función que la Dictadura cumplió en la sociedad mexicana, Rabasa alude a una especie de suplencia del efecto modernizador que en otros países han desencadenado las leyes en congruencia con las prácticas de las sociedades en cuestión, "La dictadura —comenta— desde 1857 sirvió para satisfacer las necesidades del desenvolvimiento nacional, que la Constitución era incapaz de impulsar ni proteger; y el pueblo, que con su instinto de las realidades sigue a quien le hace bien, desoyó la voz de los políticos mientras las dictaduras lo servían...".¹³⁹

¹³⁵ A partir de entonces empieza a impulsarse la idea de la sucesión y se inicia también la búsqueda de soluciones a través de fórmulas preparatorias de reemplazo a través de la vicepresidencia de la República.

¹³⁶ Rabasa, Emilio, *La Constitución...* (en especial el capítulo intitulado "la dictadura democrática"); también *La evolución...*, pp. 83 a 96.

¹³⁷ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. III), p. 170.

¹³⁸ Molina Enríquez, A., *Juárez y la Reforma*, pp. 141 y 156.

¹³⁹ Rabasa, E., *La Constitución...*, p. 243.

La dictadura surge como instancia ordenadora en defecto del orden jurídico pero también como una base firme de impulso y sustentación para el progreso material de la sociedad: "La del general Díaz —dice Rabasa— tomó la acción para crear el trabajo olvidado y la riqueza desconocida; de asentar la vida de la nación en los principios económicos que sustentan a los pueblos civilizados de la tierra, arrancándola de la mera lucha política que constituye los estados anárquicos".¹⁴⁰ En esta cita se percibe no sólo la ponderación de la dictadura como causante directa del desarrollo, sino también de su fórmula tecnocrática. La eliminación de la lucha política y su consecuente sustitución por las prácticas económicas modernas, que en esa época no eran otras que las del liberalismo clásico de los autores ingleses, constituye la tónica habitual de los periodos tecnocráticos. En el fondo descansa una visión peyorativa de la participación popular en los asuntos trascendentes de la sociedad; una concepción autoritaria del proceso económico que encubre la paradoja de una liberalización impuesta.

La perspectiva liberal de Rabasa lo obliga a contemplar la dictadura como un gobierno de carácter transitorio, a cuyo fin debía restablecerse la vida constitucional en todos los órdenes sociales. El cambio inmediato que la sociedad demandaba era el de una mayor apertura del régimen. Ésta, sin embargo, no la entendía tan contundente que supusiera una estructura democrática propiamente dicha; a cambio de la dictadura personal, Rabasa pensaba en una fórmula que fuera "esa suerte de oligarquía en que entran y figuran todos los elementos populares aptos para interesarse e influir en los negocios de la república...".¹⁴¹ Esta forma híbrida suplantaría el liderazgo carismático del dictador por el arbitraje de la élite consciente —eso sí, en expansión— que constituye el verdadero pueblo del Estado.

La explicación de la función de la dictadura tiene menos matices en la obra de Molina Enríquez; quizás porque la consideraba una forma natural de gobierno o quizás porque nunca creyó demasiado en los efectos positivos de los principios constitucionales modernos, a los que la dictadura evidentemente traicionaba. Para Molina, el progreso de la sociedad mexicana podría esperarse sin prescindir del gobierno dictatorial, incluso a éste lo consideraba un agente privilegiado para condensar el proceso evolutivo de la población. Es oportuno recordar que en la obra de Molina las reformas sociales son en lo inmediato medidas de nivelación material y sólo después realizaciones democráticas.¹⁴² La

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 245 y 246.

dictadura reunía las condiciones de fuerza necesarias para realizar la homologación del proceso evolutivo de la sociedad mexicana; el ejercicio centralizador del General Díaz fue la llave política para conseguirlo. Sin embargo, sus aciertos encontraron una fuerza neutralizadora en ciertos errores que la dictadura no pudo eludir. Se manejó mal la política fundaria al inclinarse el dictador a favorecer la gran hacienda; se distribuyeron erróneamente los recursos mineros al cambiarse las líneas políticas para su asignación, que habían estado vigentes desde la época colonial. Con este cambio el gobierno perdió el control que la Corona española había mantenido sobre la explotación y el destino de los minerales. Debajo de estos errores superficiales estaban la inclinación pernicioso del dictador a brindar un espacio de influencia creciente a los criollos y las acciones represivas, que hacia el final de la dictadura se fueron haciendo más frecuentes.¹⁴³ Un ejemplo claro en este sentido lo constituye la campaña del Yaqui.¹⁴⁴

La vena crítica de Molina empieza a surtir sus argumentos cuando la dictadura había concluido. Es hasta que se publica la *Revolución Agraria* que Molina se encarga de hacer explícitas las condenas críticas contra la dictadura; antes, con la publicación de los *Grandes Problemas Nacionales*, se había conformado con exponer, de manera velada, la insuficiencia material del régimen dictatorial; pero siempre cuidándose de acompañar sus argumentos con lisonjas, a veces excesivas, a la persona del general Díaz.¹⁴⁵ Esta ambigüedad se explica porque Molina quiso dejar a salvo el contexto político de la dictadura para que en él hubiese desarrollado el general Reyes el proyecto de reformas al que aspiraban los mestizos. Reyes, como sucesor de Díaz, debía beneficiarse del estado de orden que el dictador había generado, pero, a partir de allí, tenía que recomponer la base material del Estado con los criterios niveladores sugeridos por Molina. La sucesión de Reyes dependía del dictador, por lo mismo, una obra como la de Molina, que aspiraba a convertirse en la interpretación "rayista" de la realidad mexicana, no podía denostar al general Díaz, sino más bien señalar los aspectos perfectibles de sus prácticas políticas. Eso intentó realizar Molina en los *Grandes Problemas Nacionales*.

¹⁴² Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. III), capítulos III y IV.

¹⁴³ *Ibidem*. (t. IV), pp. 93-126.

¹⁴⁴ *Loc. cit.*

¹⁴⁵ Por ejemplo en *Los grandes problemas nacionales*, p. 141 (existe un párrafo completo dedicado a señalar la "unidad y solidez del carácter del señor general Díaz").

7.3. *El rito democrático.* A pesar de que la dictadura se define como un proceso esencialmente autoritario a través del cual el dictador se arroga a las funciones atribuidas a poderes específicos por un orden constitucional preexistente, el general Díaz, nunca se conformó con el ejercicio crudo de la función de gobierno y fue celoso en la representación ritual de la vida democrática. Sus nueve reelecciones estuvieron precedidas por sendas simulaciones del proceso electoral; quizás por el prestigio que el dictador buscaba en el exterior o quizás porque realmente confiaba en el carácter didáctico de las prácticas del sufragio.

En descargo de las prácticas fraudulentas del porfiriato, Rabasa menciona que este es un hecho que tiene antecedentes a lo largo de todo el siglo XIX; que no se debe a la inquina personal del dictador contra la democracia, sino simplemente a las condiciones históricas y de concepción en las que el pueblo mexicano vivió durante el siglo pasado. En México faltaba todo lo necesario para que un entorno democrático pudiera concretarse. Los partidos —que son el único cauce viable para la expresión democrática— simplemente no existían. Crear un partido para fines electorales en el país, le parecía a Rabasa un mero acto de *dilantismo político*. En realidad, la forma de hacer viable una elección consistía en eliminar el influjo perturbador de las masas incompetentes. Reducir el pueblo al elemento consciente fue la propuesta central de Rabasa en todas sus afirmaciones. El sufragio universal produce inevitablemente efectos desestabilizadores que sólo las naciones bien consolidadas pueden purgar por medio de la fuerza institucional.

El camino que Rabasa eligió para prohiar prácticas electorales genuinas fue el de iniciar elecciones efectivas en los municipios, para luego extenderlas a los distritos electorales de los Estados y, finalmente, llevarlas al ámbito federal.¹⁴⁶ La bondad del procedimiento quizás se finque en la afirmación que Stuart Mill expuso así en el *Gobierno Representativo*: "tal vez no esté un pueblo preparado para las buenas instituciones; pero, escendiendo en él el deseo de juzgarlas, se contará con una parte necesaria de la preparación".¹⁴⁷ La influencia de Mill en las tesis de *La Constitución y la Dictadura* parece innegable; sin embargo, Rabasa no efectúa ninguna remisión que permita afirmar este nexos como concluyente.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Rabasa, E., *La Constitución...*, pp. 136-137.

¹⁴⁷ Mill, J. S., *Del Gobierno representativo* (trad. Mata de Iturbe), Esp., Ed. Tecnos, 1985, p. 10.

¹⁴⁸ Cfr. con la obra de Mill antes citada en los aspectos siguientes: a) pueblos que no han podido darse una constitución experimental, p. 6; b) ajuste de las instituciones políticas a las condiciones de moralidad del pueblo, p. 6; c) aplazamiento de la vida institucional en los pueblos atrasados, pp. 7, 21, 25; d) añoranzas despó-

Rabasa se opone a reconocer capacidad electoral a los analfabetas. Sin este requisito sobre el que puede fundarse una presunción mínima de la aptitud, el proceso electoral es imposible. Excluir temporalmente a las masas es la única vía para arribar a la verdadera democracia, que no consiste, según él, en el acceso de toda la población al proceso electoral —como lo quisieron los Constituyentes de 1857—, sino en el reconocimiento de su ejercicio a todos los que resulten aptos. Esta proposición se completa con otra que alude a la necesidad de que los mecanismos que habilitan a los ciudadanos para ejercer el sufragio deben permanecer abiertos para todo el que aspire a trascender la inconsciencia.¹⁴⁹ Este concepto de la democracia matizada liga muy bien con la tradición del liberalismo aristocrático y aún con los posteriores desarrollos de las teorías elitistas. Al respecto cabe recordar que en las últimas reformulaciones de su pensamiento, Mosca intenta acoplar la perspectiva elitista con una concepción de la democracia restringida.¹⁵⁰

En la obra de Rabasa aparece un nudo de difícil solución, en ella se encuentran trenzados de manera problemática su optimismo institucional a la Mill, que apunta a la realización cierta pero deferida de las prácticas políticas de los países civilizados, y la idea precursoramente elitista en la que aparece como protagonista principal de proceso político la oligarquía ilustrada. La contradicción se deshace a medias, cuando Rabasa caracteriza "la verdadera democracia" como un proceso de balances recíprocos entre sectores liberales y conservadores, que en todo caso se matiza y se restringe por la acción consciente de las que podrían denominarse *minorías activas*.

Regresando al espacio de la dictadura porfirista, no extraña que Rabasa proponga como factor complementario de legitimidad para el régimen a la *opinión pública*. Esta resulta la expresión —incierta, pero consciente— a través de la prensa, las obras intelectuales y el comentario crítico cotidiano. Si Porfirio Díaz no gobernó con el voto mayoritario si lo hizo con la aquiescencia del pueblo consciente y, para Rabasa, éste es un argumento de justificación suficiente, considerando las condiciones del medio mexicano. La opinión pública, para ser influyente políticamente, debe tener un espacio en el cual el gobernante la re-

ticas en regímenes sin orden, p. 34; e) el proceso constitucional en pueblos de composición heterogénea, p. 50, y f) democracia y extensión del sufragio, pp. 82, 102 y 103.

¹⁴⁹ Rabasa, Emilio, *La Constitución...*, p. 128.

¹⁵⁰ La versión definitiva de la teoría de la clase gobernante de Gaetano Mosca puede consultarse en el apéndice de la obra de Meisel, James, *El mito de la clase gobernante*, Argentina, Ed. Amorrortu, 1975, pp. 348 y ss.

conozca, así sea informalmente, como a un interlocutor real.¹⁵¹ De la dialéctica entre opinión pública y gobierno deriva la flexibilidad del régimen. La dictadura del General Díaz fue un régimen receptivo a las voces de la opinión pública. Quizás ésta haya sido a la postre una causa de su debilidad y de la caída del régimen dictatorial, porque en él se toleró un curso demasiado amplio a la opinión contraria.¹⁵²

En la obra de Molina Enríquez no existe mucho desarrollo sobre los mecanismos del sufragio. Sin embargo debe destacarse la desconfianza que esta institución le produce cuando la analiza en la perspectiva del protagonismo racial. Para él, bastante de cierta tiene la conseja de que "los mestizos ganan el poder con las revoluciones, y los criollos siempre se las quieren quitar, con las elecciones".¹⁵³ Nos dice estar consciente de que el general Díaz conocía este trayecto de escamoteo, que tantas veces recorrió en su historia política el pueblo mexicano, el dictador "tenía fe en la Democracia, y creía que la repetición constante de sus prácticas, acabaría por exigir la realización positiva de su objeto social".¹⁵⁴

En la perspectiva de Molina la democracia tiene un carácter de objetivo ulterior; en realidad su proyecto de reformas sociales nunca disminuye el acento autoritario del Estado; al contrario, Molina piensa en términos de acción revolucionaria y experimenta como indispensable la presencia de un órgano ejecutor, sobrepuesto a la sociedad.¹⁵⁵ Como objeto ulterior la democracia supone el equilibrio material y la homologación evolutiva de la población. La verdadera democracia tiene también como requisito la abolición, de una vez por todas, de la gran propiedad agraria. Se funda en la acción conformadora del Estado, que a base de concretar las reformas sociales, va ampliando su propia base social.¹⁵⁶

Debe destacarse la poca importancia que Molina concede al tema de la democracia, concepto que aparece a hurtadillas una o dos veces en la magnitud de su obra. Para él, la práctica del sufragio es asunto de criollos. La campaña de Madero, realizada bajo la consigna de la no reelección, es el signo de la vuelta de los criollos señores, que reinvin-

¹⁵¹ Por ejemplo, Rabasa, Emilio, *La evolución...*, pp. 143 a 145.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 173 ("El Gobierno, como si se empeñara entonces más que nunca en mantener el régimen constitucional de paz, dejó que la prensa hiciera, como hizo, la revolución...").

¹⁵³ Molina Enríquez, A., *La Revolución...* (t. IV), p. 30.

¹⁵⁴ *Loc. cit.*

¹⁵⁵ Al respecto conviene tener presente lo expuesto en el opúsculo "Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias" (*vid. supra* nota 46).

¹⁵⁶ *Loc. cit.*

dican lugares políticos después de haber sido desplazados por los criollos nuevos.¹⁵⁷ La idea del sufragio expuesta sin una alusión sincera a la partición de los latifundios no es para Molina una bandera de signo revolucionario; al contrario, es el síntoma de la traición histórica detrás del cual aguardan los criollos, agazapados. La sociedad de mestizos que Molina quiere, tiene tareas más urgentes que la de sanear los mecanismos electorales; finalmente éstos no son sino una concha de ilusiones en la que se envuelven los movimientos políticos.

De las ideas expuestas, es fácil deducir que los sectores más influyentes de la sociedad mexicana hacia fines de la dictadura porfirista no esperaban la disolución del régimen autoritario.¹⁵⁸ Las fórmulas de reemplazo que llegaron a sopesarse contaban con la permanencia de los mecanismos verticales en la función de gobierno. El modo en que estos proyectos políticos influyeron la organización del Estado en el régimen revolucionario no es fácil de reconstruir; sin embargo, a despecho del ocultamiento oficial, el nexo existe. El Estado que se yergue a partir de los lineamientos normativos de la Constitución de Querétaro lleva la marca de la tradición autoritaria mexicana, por más que su estructura supere los límites oligárquicos que "los científicos" pretendieron demarcarle. Aun como Estado reformador, el nuestro acoge rasgos que datan de las experiencias verticalistas, de las cuales no ha podido desembarazarse, como lo demuestra la ausencia de la democracia genuina en todo el período del siglo xx transcurrido hasta ahora.

La dictadura porfirista, aún sin haber aproximado sus prácticas al extremo termidoriano, no puede calificarse como un régimen conservador en sentido propio. Sus funciones de integración fueron dinámicas; sus prácticas administrativas y financieras adoptaron giros modernos y pretendieron ponerse al día en el concierto de las naciones civilizadas. Sin embargo, el ensayo de inserción en la lógica del capitalismo internacional, que la dictadura impulsó con firmeza, colocó al país en el espacio deparado a los países productores de materias primas y lo sujetó, desde el principio, a los mecanismos del intercambio desigual. Los límites intrínsecos de la dictadura en el plano económico se relacionan estrechamente con los rasgos negativos del régimen en el terreno social. La marginación de las masas, el pauperismo general y la desintegración fueron causas que contribuyeron a evitar la integración de un mercado interno capaz de brindar expectativas para el desarrollo in-

¹⁵⁷ Molina Enríquez, A., *La revolución...* (t. IV), pp. 166 a 170.

¹⁵⁸ Guerra, François-Xavier, *op. cit.* (t. II), en especial el capítulo "La querrela de las elites".

dustrial. Este hecho fue destacado oportunamente por Molina Enríquez. Llama la atención que su planteamiento al respecto tiene visos de similitud con las ideas que Lenin vierte en su obra sobre *La cuestión de los mercados*.¹⁵⁹ La presencia del pensamiento de Lenin en la *Revolución Agraria* es importante, sobre todo en lo que respecta a la caracterización de la situación imperialista de principios de siglo.¹⁶⁰

La dictadura del general Díaz no pudo allegarse una base social mínima que le permitiera descansar la ejecución de sus propósitos en grupos más o menos amplios de la sociedad. No pudo tampoco gestar un sector medio a través del cual pudieran fincarse los efectos dinámicos de los propósitos modernizadores del régimen. En cambio, su escleriosis fue cada vez mayor. La élite, en lugar de pluralizarse, caminó aprisa hacia el hermetismo y la cerrazón. Aquí justamente es donde debe plantearse la cuestión de la continuidad del régimen autoritario. De aquí es de donde parten los programas de apertura de la élite a un mayor recambio, como era la intención de "los científicos"; o bien, los proyectos revolucionarios, que se orientan a cambiar el carácter marginador de la dictadura por un Estado también vertical pero de bases amplias y propósitos reformistas. En ambos casos el objetivo era reemplazar la dictadura personal por otra de gestión que finalmente propiciara su desintegración paulatina en la realización de las prácticas modernas.

8. EL ARRIBO DEL RÉGIMEN A LA CONSTITUCIÓN

8.1. *La vuelta a la sociedad*. El desfase obvio que se suscitó entre la Constitución y la Dictadura llegó a identificarse como un proceso doblemente perjudicial. Por una parte, la dictadura, por más que se tratara de rescatar su perfil benévolo, resentía el efecto de sus prácticas ilegales a través de un detrimento significativo de la imagen civilizadora que deseaba proyectar. Rabasa, por ejemplo, contrasta la dictadura constructiva de Díaz con los gobiernos irracionales de Santa Ana; el dato diferenciador es precisamente el carácter despótico que atribuye a las administraciones santanistas. Por otra parte, la Constitución también resulta afectada por la organización convencional —pa-

ralela y opuesta a su sentido—, según la cual se organizó y se ejerció la función de gobierno durante el porfiriato. El doble daño desembocaba finalmente en la ilegitimidad del régimen y en la imposibilidad de fincar a su resguardo la vida institucional del país.

La crítica del positivismo mexicano a la Constitución de 1857 y a sus autores tiene en Justo Sierra y en Emilio Rabasa a sus mejores exponentes. La idea sustancial de los cuestionamientos se encaminaba a demostrar la incongruencia entre el carácter moderno —y democrático— del texto y las condiciones orgánicas del pueblo al que pretendía organizar. Los datos políticos en los que se cifraron las críticas más pesadas contra la Constitución fueron la extensión generalizada del sufragio y la debilidad relativa del poder ejecutivo frente al Congreso de la Unión. El sufragio restringido al pueblo consciente y el ejecutivo fuerte eran las instituciones intermediarias a través de las cuales Rabasa imaginaba el tránsito de la sociedad mexicana hasta la modernidad. Al abrigo del ejecutivo fuerte la élite ilustrada podría arbitrar la paulatina incorporación de los sectores marginados a la vida política del país. La presidencia fungiría como un campo de amortiguamiento a los influjos perturbadores de las masas y, al mismo tiempo, se constituiría en una base dinámica de impulso al proceso modernizador. La idea del movimiento social tenía que incrustarse en el texto, puesto que la sociedad mexicana estaba también en trayecto.

El perfil conservador de las propuestas de Rabasa no procede de sus proclamaciones en favor de la implantación paulatina de las prácticas políticas modernas; sino precisamente de su afán porque el mecanismo autoritario del Estado sirviera de vehículo seguro a los privilegios de la élite porfirista, a través de la marcha azarosa hacia el estado de civilización, la cual no podía eludir la apertura de los mecanismos excluyentes de la dictadura ni la irrupción concomitante de las masas. Sea como fuera, la necesidad de modificar la Constitución para forzar su congruencia con el medio mexicano fue reiterada por Rabasa a través de su obra política fundamental. Y no sólo propugnó por cambiar los énfasis en el balance político de la Carta, sino también por la superación técnica de sus instituciones. En este tenor propuso adecuaciones para garantizar mejor la función del poder judicial, particularmente en sus tareas de interpretación constitucional; sugirió también algunas medidas para preservar el juicio de amparo como instrumento de defensa de la Constitución y aportó razonamientos que reforzaron la conciencia federalista en el país. La referencia de la doctrina constitucional de Rabasa debe buscarse en la tradición norteamericana; en su

¹⁵⁹ Lenin, V. I., *El problema de los mercados*, t. III México, Ed. Siglo XXI 1981.

¹⁶⁰ Es patente la influencia de Lenin en el desarrollo del t. V de la *Revolución Agraria de México*.

obra el proceso estadounidense es paradigmático, aunque el propio Rabasa se niegue a aceptar este cargo con todas sus consecuencias.¹⁶¹

La obra jurídica de Rabasa compendia la doctrina iuspublicista mexicana de fin de siglo e incluso puede afirmarse que la consuma. En este entendido, sus aportaciones no pudieron soslayarse en la Asamblea constituyente de Querétaro, por más que el signo ideológico de la obra de Rabasa haya resultado contrario a las filiaciones de los diputados. Sobre la forma en que las ideas rabasianas arriban al Congreso existen notas bien documentadas de Manuel Herrera y Lasso, de Alfonso Noriega, de Jorge F. Gaxiola y de Antonio Martínez Báez. Dichos juristas se pronuncian con más o menos énfasis en favor de la influencia determinante del pensamiento de Rabasa en la nueva Constitución. Herrera y Lasso —discípulo y heredero de cátedra— llega a afirmar que los aciertos del Constituyente los consiguió cuando en el texto de la Carta se pudo dar libre paso a las ideas de Rabasa; caso contrario, cuando el Constituyente se alejó de su obra dio curso a los despropósitos que en la Carta se contienen.¹⁶² Herrera y Lasso sustenta su tesis en la similitud innegable de ciertos pasajes constitucionales con la obra de su maestro; incluso ofrece un inventario detallado de materias en la que está seguro de reconocer su huella.¹⁶³

Históricamente es difícil medir con exactitud la proyección de las ideas rabasianas en la Constitución de Querétaro; sin embargo, es todavía más complicado imaginar que los Constituyentes hubieran podido sustraerse de su influjo, debido a que la obra de Rabasa formaba parte medular del ambiente doctrinal de la materia constitucional a principios de siglo. Si fuera requerido un medio de prueba más concreto para esta afirmación, sería pertinente recordar el discurso con el que Carranza presenta en su proyecto de Constitución a la Asamblea de Querétaro, así como el proyecto mismo. En estos documentos la presencia, casi literal, de las proposiciones de Rabasa acerca del fortalecimiento relativo del ejecutivo, de la autonomía del poder judicial y la crítica implícita al jacobinismo de la Constitución de 1857, obliga a eliminar el más mínimo resquicio de duda acerca de su procedencia.¹⁶⁴

¹⁶¹ Ver, por ejemplo, el deslinde que hace en el capítulo de *La Constitución y la dictadura*, denominado "La Constitución y su modelo".

¹⁶² Herrera y Lasso, Manuel, "Presencia de Rabasa en la Constitución" en *La justicia*, Rev. mensual, No. 316, México, 1956, pp. 12603-12605. El número referido es de homenaje a Rabasa y contiene sobre el tema trabajos de Alfonso Noriega, Arturo Martínez Báez, Andrés Serra Rojas y Jorge Gaxiola.

¹⁶³ Herrera y Lasso, *op. cit.* (en especial p. 12604).

¹⁶⁴ Ver "Informe del ciudadano primer jefe, al hacer la entrega del proyecto de Constitución reformada" en *Diario de Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*

La obra de Rabasa sentó reales en la concepción técnica de la Carta de Querétaro, en la medida en que el Estado fuerte que resultó de las sesiones de la Asamblea se perfiló con la intención de someter su competencia al sentido de la norma fundamental. El balance del poder constituido se recompuso y el legislativo vio mermados sus alcances formales en relación con la Constitución antecedente. Ahora bien, esta aceptación no significa reconocer que el verdadero aliento de las tesis rabasianas, liberal a no dudarlo, hubiera logrado transmitirse a la versión definitiva de la Carta. De la obra de Rabasa el Constituyente hizo una recepción selectiva, incorporando sólo aquellos elementos útiles para apuntalar técnicamente la estructura del estado fuerte. Los aspectos ideológicos y la condena al sufragio universal, por ejemplo, fueron datos desestimados.¹⁶⁵

En la Asamblea de Querétaro predominó el tono reformista sobre la ortodoxia doctrinal y sobre las tesis liberales auspiciadas desde el Proyecto de Carranza. La Constitución se inclinó mucho más al parámetro que desde años antes esbozaran los reyistas y, en su articulado, se bosquejó el perfil de un Estado conformador cuya presencia reiterada en el ámbito privado no quedó proscrita, como hubiera correspondido a una carta típica de la tradición occidental.

Uno de los datos más llamativos de la Constitución de Querétaro lo representa sin duda el establecimiento de un régimen plural y en buena medida no moderno en torno a la propiedad. La relativización de un derecho que en los órdenes jurídicos racionalistas se había convertido en un verdadero eje de las relaciones privadas y del sistema normativo, tiene que ver con las concepciones que Molina había expuesto en relación con la propiedad y los vínculos que esta forma jurídica mantiene con el estado evolutivo de los pueblos.¹⁶⁶ El artículo 27 constitucional recupera el patrimonialismo de la época colonial y lo refuncionaliza de cara a las necesidades reformistas del Estado mexicano surgido de la Revolución. La presencia del pensamiento de Molina Enríquez en el artículo 27 constitucional parece inobjetable, aunque no ha faltado en el lapso de vigencia del precepto quien haya cuestionado el alcance determinante de las ideas de Molina. A nosotros nos parece prueba suficiente de su influjo la forma en que dio explicación en los *Grandes Problemas Nacionales* al tema de la propiedad y al régimen jurídico de

(2 vols.), México, Inst. Nal. de Est. Históricos de la Revolución Mexicana, 1985 (t. I), pp. 385 a 398.

¹⁶⁵ *Loc. cit.*

¹⁶⁶ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, p. 92.

los recursos hidráulicos.¹⁶⁷ En esos pasajes de la obra hay un claro antecedente del criterio político y de los presupuestos históricos que alientan al artículo 27. Hay también un puente tendido entre las concepciones de Wistano Luis Orozco y la Asamblea de Querétaro. De Orozco, Molina toma la idea de que la soberanía en México, para ser efectiva, tendría que definirse como un vínculo de propiedad. El pueblo debía ser proclamado dueño de su territorio para ejercer efectivamente el control de sus recursos naturales estratégicos.¹⁶⁸

La recuperación del patrimonialismo colonial se coloca en una nueva dimensión: la de la gestación del desarrollo y de la intervención del Estado en la actividad económica, tal como ahora se comprende.¹⁶⁹ La nación, es decir el pueblo del Estado, sustituye a la Corona como titular primigenio de los recursos apropiables del territorio y con esa suplantación se logra inducir a la fórmula de la propiedad originaria un giro relativamente moderno.

El artículo 27 constitucional es, sin embargo, una fórmula vertical y centralizadora que otorga al Estado, y particularmente al ejecutivo, la posibilidad de controlar el curso del progreso material de la sociedad mexicana a través del arbitraje autoritario de las relaciones de propiedad. Al estilo del padre oriental que asigna y retira recursos a su arbitrio, el Estado mexicano se yergue como una instancia de distribución material y de organización social, en la medida que arma y recompone la base económica sobre la que se asientan los distintos grupos de la población. Manejando lo propiedad, el Estado controla el pulso evolutivo de la sociedad. Puede, desde esa posición, abatir la rémora del latifundio y avanzar hacia la utopía mestiza de la pequeña propiedad.¹⁷⁰

Desde la edición de *Los grandes problemas nacionales*, Molina sostuvo que la forma dictatorial debía seguir campeando en la sociedad mexicana todavía por muchos años; pero no la dictadura personal como hasta entonces, sino la de funciones.¹⁷¹ Con esta afirmación intentó significar precisamente la permanencia del elemento autoritario. Pero eso sí, se manifestaba partidario de conservar las normas constitucionales modernas como una especie de referencia del proceso moderni-

¹⁶⁷ *Ibidem.*, pp. 252 a 263.

¹⁶⁸ Díaz y Díaz, Martín, "Proceso Constitucional"... , pp. 214 y 224.

¹⁶⁹ *Ibidem.* (todo el parágrafo 4).

¹⁷⁰ Molina Enriquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 181-187.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 434 (Cfr. Córdova, Arnaldo, Prólogo a *Los grandes problemas nacionales*, p. 54; también Villegas, Abelardo, "Andrés Molina Enriquez y Los grandes problemas nacionales" en *Anuario de Historia*, 1962, México, UNAM, Fac. Fil. y Letras, en especial el parágrafo 10.)

zador de la sociedad, aunque cínicamente disociadas del ejercicio vertical de la función de gobierno.¹⁷² Ya en 1922, cuando Molina se encarga de publicar un número del *Boletín de la Secretaría de Gobernación* sobre el artículo 27 de la Constitución, refiriéndose concretamente al problema que tratamos, manifiesta:

... es evidente que la Constitución quiso que la forma total del Gobierno de la Federación fuera la forma de Gobierno presidencial en toda su amplitud, es decir, una forma de Gobierno en que el Presidente tuviera cierta suma de facultades discrecionales. Esas facultades son indispensables para que las reformas prevenidas por los artículos 27 y 123, puedan hacerse efectivas con rapidez, a fin de que causen los menores daños posibles.¹⁷³

Esta visión del Ejecutivo inmune en cierta zona de su actividad contraviene la lógica elemental del Estado de Derecho que, como forma política, implica la sumisión al sentido del orden normativo por parte de los poderes constituidos. El *ejecutivo-agente de las reformas* es en realidad un elemento autoritario que orienta sus movimientos más en razón de la destrucción del antiguo régimen, que atendiendo a los límites constitucionales que defienden la exclusividad de la zona privada; es, al mejor estilo dictatorial, un poder centralizado al que los otros previstos en la Carta deben subordinarse por completo. La tarea del poder dictatorial no es sólo destructiva, también debe proyectarse como ejercicio conformador de la sociedad y del Estado; de sus prácticas debe generarse la fuerza que impulse a la sociedad al desarrollo.¹⁷⁴

Molina nunca se refiere en su obra a las condiciones de repliegue que el Estado reformista debe cumplir una vez que consume su doble tarea —destructora y constructora— sobre la sociedad mexicana. La indefinición y la inmunidad que provocan las facultades discrecionales concedidas al Presidente de la República, difícilmente pueden justificarse frente al sentido de las instituciones jurídicas modernas. La explicación de la existencia del poder autoritario, semioculto en los rasgos normativos modernos que la Constitución recoge, no se encuentra en los perfiles técnicos de la Carta; ni siquiera en la doctrina constitucional. El autoritarismo tiene su veta en la historia política del país; allí es donde se evidencian los nexos de las prácticas verticales de gobierno

¹⁷² *Loc. cit.*

¹⁷³ Molina Enriquez, Andrés, *Boletín...*, p. 9.

¹⁷⁴ *Loc. cit.*

con la debilidad orgánica de la sociedad mexicana; allí también radican las peculiaridades estructurales de nuestro sistema jurídico.

La conjugación que se suscita entre el modelo normativo que acoge al autoritarismo como forma para efectuar la función de gobierno y el estado poco coherente de la población mexicana a principios de siglo, produce la distorsión de los procedimientos democráticos que las sociedades occidentales han sostenido como valor político central. La ambigüedad que en la Constitución de Querétaro radica, consiste en la elusión que solapa de las prácticas democráticas que, por otra parte, la misma Carta fija como imperativo político de la forma de gobierno. Así, la democracia se encuentra al mismo tiempo reconocida y depuesta. Reconocida como principio rector de la vida política, pero depuesta como posibilidad concreta debido a que el poder excesivo que concentran los órganos políticos, y entre ellos el ejecutivo, dificultan la expresión espontánea de la sociedad a través del sufragio. El Estado conformador no se atiene a la pureza de los mecanismos electorales; obedece a una razón propia que se autodefine en ámbitos distintos. Del hecho que la fuerza del Estado se decida a dirigir contra la estructura oligárquica de la sociedad porfirista o que incluso se emplee en acciones de nivelación social directa, no implica que, en sí mismos, esos actos puedan ser caracterizados como democráticos, en el sentido moderno del concepto. Su modernidad depende del alcance de los mecanismos representativos de participación popular y, en nuestro país, éstos han seguido más bien un derrotero corporativo.

A los positivistas mexicanos como Rabasa y Molina Enríquez debe la Constitución mexicana el sometimiento de su sentido al orden concreto de las cosas; a ellos se debe también la recepción del tiempo como variable histórica del proceso constitucional. La Carta de Querétaro abandonó el tiempo moderno —exclusivo y unilineal— que suponía la Constitución de 1857 y dio paso al reconocimiento normativo de la evolución y la transformación que experimenta la sociedad en el curso de su desarrollo. Un análisis objetivo no puede omitir la imputación a los mismos positivistas del perfil autoritario del Estado que finalmente se asentó en la Carta constitucional. La ortodoxia liberal no hubiera soportado, sin corromperse, la construcción del Estado fuerte que finalmente se produjo en la Asamblea constituyente.

8.2. *La nueva legitimidad.* A Rabasa no le tocó en suerte escribir para un régimen cuya legitimidad hubiera considerado suficiente. A pesar del vigor y la inteligencia que invirtió en la justificación de la dictadura porfirista, su espíritu liberal estaba lejos de colmarse

Toda su confianza la había puesto en un movimiento de transición pacífica, aún a sabiendas de la debilidad que los regímenes dictatoriales muestran en las coyunturas sucesorias. La Revolución vino a conturbar el orden de sus reflexiones. De ninguna manera podía aceptar como legítimo un régimen prohijado por un movimiento revolucionario. A la revolución no le cabía otra naturaleza que la de fuente emisora del desorden. El hecho revolucionario acalló la voz de Rabasa, justo cuando la realidad le daba más motivos para esgrimir su vocación crítica y su estilo de polemista. Sin creer en el sostén del contrato social, sin estar convencido de los efectos benéficos de la dictadura fuera de un marco transitorio, y sin confiar tampoco en la era revolucionaria, Rabasa optó por replegar sus afanes en el escepticismo, a cuyo respaldo no podía conferir reconocimientos a ninguna solución posible.

Molina Enríquez, en cambio, creyó en la Revolución; la consideró un hecho histórico suficiente para fundar la sociedad mestiza. En reemplazo del sufragio y de las prácticas modernas, a la revolución le reconoció Molina el carácter de fuente suprema de legitimidad. La Constitución que confirma jurídicamente al hecho revolucionario fue impuesta por la necesidad histórica; sus detractores, al no ser capaces de resistir su aplicación; han otorgado forzosamente su consenso. Entre nosotros las revoluciones son la forma suprema de legislar. Molina está persuadido de este aserto y lo propone como base de una nueva legitimidad: la del Estado revolucionario, que si bien carece del apoyo ortodoxo de los procedimientos democráticos, se finca en la fuerza legitimadora de sus fines sociales.¹⁷⁵

Ni Rabasa ni Molina Enríquez dieron en sus obras con la bandera de la democracia moderna. Sus propuestas encuentran cauces diversos —el oligárquico y el revolucionario— pero ninguna de éstas vías corresponde a la confianza en el sufragio. Su convicción autoritaria, quizás coherente con las posibilidades políticas de una sociedad en ciernes, resulta hoy anacrónica, como anacrónico es también el medio jurídico que se alza sobre la fuerza de un presidencialismo exhausto.

¹⁷⁵ Cfr. con la interesante reflexión de Hilario Medina, que presenta como "Introducción" a la edición del *Diario de los Debates* del Congreso Constituyente a la que nos referimos en la nota 164.

LA CONSTITUCIÓN DE 1857

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

SUMARIO: I. *La Constitución Política.* II. *La Constitución Económica.*
III. *La Constitución Federal.*

I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

1. Sobre ninguna Constitución se ha escrito más que sobre la expedida en 1857. Aunque a primera vista nos separan más de un siglo y la propia Constitución vigente de 1917, la razón para su popularidad radica en que una gran parte del texto de esta última Constitución, toma las mismas palabras de la de 1857. Así, uno de los diputados constituyentes de 1916-1917, Paulino Machorro Narváez escribiría posteriormente que la actual Constitución es una versión reformada de la elaborada en 1857.

Por ello, para el conocimiento de nuestro régimen constitucional actual, es necesario comprender estos orígenes. La doctrina moderna de Derecho Constitucional se basa constantemente en los libros que, sobre todo a partir de 1870, se fueron publicando en torno a esa Constitución. La presencia de las obras de José María Lozano entre otros, así como las sentencias de José María Iglesias e Ignacio L. Vallarta, e incluso las críticas acerbas de Emilio Rabasa, todas ellas sobre la Constitución del medio siglo, constituyen sin duda la porción más representativa y elaborada de nuestra tradición jurídica y política.

No obstante, cada Constitución en México tiene su peculiar circunstancia y aunque las dos últimas constituciones federales en México tienen una gran afinidad, en la doctrina constitucional se ven separadas en cuestiones específicas.

2. Aunque la idea de una constitución y del régimen de un Estado de Derecho aparecen incontenibles en México hacia 1820, sobre todo por los folletos de José Joaquín Fernández de Lizardi, el *Pensador Mexicano*, y con la Constitución de 1824 se toman las decisiones fundamentales que México aún observa en su estructura política, como son la república, la representación política y el sistema federal; la Constitu-

ción de 1857 representa la culminación del concepto de supremacía constitucional, o como manifestaría José María Iglesias en 1876: sobre la Constitución nada, sobre la Constitución nadie. . .

Efectivamente, para 1856 el pueblo mexicano ya exigía que la ley determinara las facultades de las autoridades y este principio se convirtió en el rector de los trabajos del constituyente, ya que uno de sus anhelos fue el desterrar las dictaduras, y depositar el cúmulo de atribuciones y la soberanía en la función legisladora.

Asimismo, para 1856, año en que se instala el Congreso Constituyente, nuestro país ya había experimentado un primer imperio, el de Iturbide, con efectos desastrosos, una primera república federal con titubeantes esfuerzos y varias repúblicas centralistas, con grados cada vez mayores de centralización; y hasta ese año constituyente, México se había batido entre federalismo y centralismo, entre republicanismos y monarquismo.

Las revoluciones, cuartelazos y sublevaciones de la primera mitad del siglo XIX fueron legitimados en la pretensión de distintos cambios de regímenes constitucionales. Las constituciones fueron el primer objetivo de estos movimientos armados, sean de 1824 a 1836 o 1843. El concepto de reforma constitucional era absoluto y no como lo entendemos actualmente; si había que reformar una Constitución, como sucedió con la de 1824, había que expedir un nuevo texto, incluso diametralmente opuesto al anterior. No se concebían términos medios, pues las constituciones y sus reformas eran banderas de las facciones y partidos que por su naturaleza eran irreconciliables.

El último capítulo con esta tónica suicida lo escribió la Constitución de 1857 pues, a pesar del intento de los monarquistas para eliminarla con Maximiliano, ya las revoluciones y movimientos de la segunda mitad del siglo pasado se tenían que legitimar, como lo señalaría Daniel Cosío Villegas, en la propia Constitución. Así, con el paso del tiempo y de las sublevaciones, la Constitución se sacraliza, se convierte en la última razón para sustentar las causas populares y para señalar a los malos gobiernos. De la misma manera, los gobiernos institucionales se fundamentan y se tienen que convertir en garantes de esa Constitución. Así Benito Juárez y Venustiano Carranza coinciden en sus actos, aunque uno es el protector de la Constitución de 1857 y el otro se convierte en su reformador.

Este es pues, uno de los grandes méritos de la Constitución que comentamos, el de plasmar en la conciencia histórica de nuestro país la concepción de que el texto constitucional es la norma suprema del Estado y que, en consecuencia, según su último artículo, "no perderá

su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y, con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta".

3. También está implícito en el mérito de esta Constitución el hecho de que ante cualquier modificación o adecuación de su texto a las cambiantes circunstancias, se efectúe a través de reformas a su propio texto y no mediante cambios de constituciones; de esta manera, aunque supera la norma constitucional, ello no implicaba su petrificación, sino la flexibilidad suficiente para incluir las modificaciones necesarias. Así se actualizaba el texto sin alterar la tranquilidad política del país.

Se registraron 32 grandes reformas al texto de la Constitución de 1857 y eso configuró un caso insólito en nuestra historia política. Estas reformas fueron las siguientes:

- 3.1. 24 de enero de 1861 - Sobre las alcabalas o los impuestos interiores que cada Estado imponía dentro de su territorio a la circulación de mercancías procedentes de otros Estados.
- 3.2. 14 de abril de 1862 - Sobre alcabalas.
- 3.3. 29 de abril de 1863 - Establecimiento del Estado de Campeche.
- 3.4. 18 de noviembre de 1868 - Establecimiento del Estado de Coahuila.
- 3.5. 15 de enero de 1869 - Establecimiento del Estado de Hidalgo.
- 3.6. 16 de abril de 1869 - Establecimiento del Estado de Morelos.
- 3.7. 25 de septiembre de 1873 - Importantísima reforma por la cual se incorporan las Leyes de Reforma al texto Constitucional.
- 3.8. 13 de noviembre de 1874 - Gran reforma que reorganiza al Poder Legislativo, reinstaurando al Senado, y finca nuevos principios en sus relaciones con el Ejecutivo.
- 3.9. 5 de mayo de 1878 - Reección del Poder Ejecutivo.
- 3.10. 12 de mayo de 1882 - Sobre alcabalas.
- 3.11. 2 de junio de 1882 - Sobre facultades del Poder Legislativo.
- 3.12. 3 de octubre de 1882 - Sustitución presidencial.
- 3.13. 15 de mayo de 1883 - Libertad de imprenta.
- 3.14. 14 de diciembre de 1883 - Facultad de la Federación para Legislar sobre comercio.
- 3.15. 29 de mayo de 1884 - Facultades del Poder Judicial Federal.
- 3.16. 26 de noviembre de 1884 - Sobre alcabalas.

- 3.17. 12 de diciembre de 1884 - Instauración del territorio de Tepic.
- 3.18. 22 de noviembre de 1886 - Supresión definitiva de las alcabalas.
- 3.19. 21 de octubre de 1887 - Reección presidencial.
- 3.20. 20 de diciembre de 1890 - Reección presidencial.
- 3.21. 24 de abril de 1896 - Sustitución presidencial.
- 3.22. 1o. de mayo de 1896 - Federalización en materia de exportación e importación.
- 3.23. 10 de junio de 1898 - Trabajos obligatorios.
- 3.24. 22 de mayo de 1900 - Organización del Poder Judicial Federal.
- 3.25. 14 de mayo de 1901 - De la pena de muerte y de la capacidad patrimonial de las corporaciones.
- 3.26. 31 de octubre de 1901 - Facultades del Poder Legislativo Federal.
- 3.27. 18 de diciembre de 1901 - Prohibición a los Estados y representación poblacional de los diputados.
- 3.28. 24 de noviembre de 1902 - Instauración del territorio de Quintana Roo.
- 3.29. 6 de mayo de 1904 - Instauración de la vicepresidencia.
- 3.30. 20 de junio de 1908 - Facultades del Poder Legislativo Federal.
- 3.31. 12 de noviembre de 1908 - Sobre emigración e inmigración.
- 3.32. 7 de noviembre de 1911 - No reelección del Poder Ejecutivo.

Como puede apreciarse, los dos promotores más grandes de reformas en el texto constitucional de 1857 fueron Juárez y Porfirio Díaz. Los procedimientos y los objetivos de reformas fueron distintos. A Juárez le preocuparon las alcabalas y la división territorial del Estado Mexicano. A Díaz, en cambio, la concentración del poder en el Ejecutivo Federal fue su tónica, así como la reelección y sustitución presidenciales. Juárez en 1867 intentó la reforma constitucional por referéndum popular; en cambio, Díaz hacía sentir su poder político en el Congreso y en los Estados, con alianzas o amenazas, para hacer prevalecer sus proyectos de reforma constitucional.

4. Las reformas a la Constitución han sido un punto de crítica a las últimas dos constituciones mexicanas, sobre todo, con relación al argumento de la aparentemente inalterada Constitución de los Estados Unidos que, desde su promulgación en 1787, ha sufrido sólo 26 enmiendas formales, permaneciendo su texto original sin ninguna reforma durante los dos siglos de su vigencia. La importancia de este hecho, radica en que la constitución de ese país fue un modelo que en 1857 nuestros constituyentes tuvieron a la vista y llegaron a tomar textualmente algunos artículos.

La cuestión de las reformas ha sido exagerada por quienes desconocen tanto el sistema constitucional mexicano como el de los Estados Unidos. La Constitución del siglo XVII ha sido modificada a través de las interpretaciones que la Suprema Corte de ese país angloamericano ha elaborado en forma intensiva y hasta contradictoriamente. De esta manera, las reformas constitucionales se han hecho a través de interpretación judicial.

Con el sistema implantado en México por la Constitución de 1857, el legislador se convierte en el máximo órgano político y, su consecuencia, la ley en la más fiel expresión de esa supremacía. Todo debe hacerse constar en el texto de la ley, por ello, la Constitución al ser la suprema ley, en ella deben estar las decisiones políticas fundamentales y cualquier modificación debe constar en el texto, aprobada por el legislador constituyente y no a través de la interpretación de un poder ajeno a la legisferante.

Sin embargo, la idea más interesante al respecto es la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la Mexicana de 1857. Es sabido que, desde 1823, esa Constitución había sido traducida al español en México y que ya en la primera constitución mexicana de 1824 se había adoptado el sistema federal por su influencia.

Pero con la Constitución de 1857 esta influencia llega madura. Las principales obras explicativas de la realidad constitucional de ese país ya habían sido publicadas y conocidas. Las excelentes obras del francés Alexis de Tocqueville que fueron traducidas y divulgadas extensivamente. También las clásicas obras de la cultura jurídica anglosajona eran conocidas, empezando por los *Comentarios a las leyes de Inglaterra* de William Blackstone y las obras de Derecho Constitucional de los Estados Unidos, como los importantes *Comentarios* de Joseph Story.

Entonces, el Congreso Constituyente de 1856-1857 tuvo no sólo el texto traducido de la Constitución de los Estados Unidos con incertidumbre sobre el significado y límites de las instituciones adoptadas, como había pasado en 1824, sino que la mayoría de sus integrantes eran personas con los conocimientos suficientes sobre las disposiciones que tomaban de su modelo.

Aunque resulta muy difícil delimitar el alcance de las influencias de Constituciones y doctrinas de otros países, no podemos considerar que dichas influencias hayan sido ciegas, sin ninguna adaptación o transformación por parte de los estadistas mexicanos. Según podremos apreciar posteriormente, la institución de los derechos humanos, derivados

de un anhelo libertario, tuvo su máxima expresión en el ideal constitucional de 1857. La libertad, con natural al movimiento independentista de los insurgentes, no era un valor subyacente en la experiencia constitucional de los Estados Unidos y su factor de reforma, que ha sido la Suprema Corte de Justicia, precisaba en el mismo año de promulgación de nuestra Constitución del medio siglo, a través de la decisión *Diedd Scott v. Sanford*, la constitucionalidad de la esclavitud sobre la que basaba su economía el sur de ese país.

La esclavitud era tan repugnante para los mexicanos, a diferencia de nuestros vecinos, que el segundo artículo de la Constitución Mexicana ha sido desde 1857, el siguiente: "En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional recobran por ese sólo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes".

5. Procedemos ahora a referir los hechos históricos que propiciaron la promulgación de esta notabilísima Constitución. Lejos de las discusiones teóricas que provoca el texto de la Constitución de 1857, su origen histórico está inserto en una revolución que desterró finalmente la dictadura más burda de México, concebida por Antonio López de Santa Anna y su brillante colaborador, Teodosio Lares, que llegaron a monarquizar nuestra república.

López de Santa Anna después de la derrota en la guerra contra Estados Unidos va a Cuba, Jamaica y finalmente a Turbaco, Colombia. Allí espera ser llamado por última ocasión "para salvar el país". En 1852 gobernaba Mariano Arista con la inconformidad de los sectores conservadores y una falta de energía para enfrentar sus retos. El 26 de julio de 1852 al grito de "muera el gringo inventor de la policía" hubo un pronunciamiento en Guadalajara, comandado por el jefe de la guardia nacional en el Estado, José María Blancarte. El pretexto del pronunciamiento había sido la disposición del gobernador de Jalisco, Jesús López Portillo, para sustituir a la guardia nacional por la policía en el Estado. Los pronunciados llamaban a Santa Anna de su exilio para que restableciera el orden y la paz.

Otro levantamiento en La Piedad sucede el 9 de septiembre de 1852 dirigido contra el gobernador de Michoacán Melchor Ocampo por el coronel Francisco Cosío Balsamonde. Arista como presidente adoptó la posición de no intervenir en contra de las sublevaciones con base en la tesis de que se trataban de problemas o "cuestiones locales" como se determinó el llamarlas. La engañosa apariencia de ser pronunciamientos dirigidos inicialmente contra los gobernadores de los Estados alucinó al presidente Arista que pensó que la solución era no involu-

crarse; sin embargo, la intención final de estas sublevaciones orquestadas era la de imponer nuevamente a Santa Anna en la silla presidencial.

Esta intención se hizo explícita en la reunión que los conjurados tuvieron el 13 de septiembre de 1852 en el cuartel de San Francisco en Guadalajara en cuyo Plan se determinó la necesidad de que los titulares de los poderes federales cesaran en sus puestos y de que Santa Anna regresara al país. Posteriormente, el 20 de octubre del mismo año es modificado este plan en el Hospicio Cabañas y la segunda versión recibe el nombre de Plan del Hospicio. A este plan se unen pronunciamientos en Mazatlán, La Piedad, Aguascalientes, Tampico y Durango.

La falta de energía de Arista hizo que el 6 de enero de 1853 renunciara saliendo a la una y media de la mañana del Palacio Nacional en calidad de fugitivo. Quienes sucedieron a Arista fueron hombres de transición que prepararían el arribo de López de Santa Anna. El presidente de la Suprema Corte de Justicia, Juan Bautista Ceballos sustituiría inmediatamente a Arista.

Una de las primeras medidas de Ceballos para "reestablecer el orden" fue la disolución del Congreso de la Unión en donde había ilustres liberales. Guillermo Prieto narra la *sesión* repentina del 19 de enero de 1853 en donde el ejercicio irrumpe con cien elementos en ambas Cámaras del Congreso. Esa sesión sería la última para el Senado pues no volvería a abrir sus puertas sino hasta 1875 ya que la original Constitución de 1857 eliminaría el bicameralismo en el Poder Legislativo.

En la Cámara de Diputados se verificó una trifulca ya que las protestas de los diputados por la presencia del ejército en su recinto causó tal conmoción que el militar encargado de la operación tuvo que desplegar toda su energía para hacer desalojar a los diputados de su Cámara. Una página gloriosa de la historia parlamentaria mexicana se escribió cuando el liberal radical León Guzmán tomó la presidencia de la sesión, llamó a la calma y con dignidad, los representantes del pueblo desalojaron el recinto, no para claudicar sus funciones, sino para continuar sesionando en la casa de Melchor Ocampo.

Este golpe de Estado lo había motivado la firme posición del Congreso de no ceder a los principios constitucionales. De acuerdo al Plan del Hospicio, Ceballos había propuesto al Congreso que se convocara a una Convención integrada con dos representantes de cada Estado para que se reformase la Constitución de 1824 con su Acta de Reformas de 1847. Inmediatamente, León Guzmán presentó una acusación,

basada sobre todo en el artículo 28 del Acta de Reformas, que determinaba el procedimiento constitucional de reforma a la ley suprema, contra el presidente Ceballos y el oficial mayor, encargado del despacho de la Secretaría de Relaciones, José Miguel Arroyo, por haber propiciado una reforma constitucional a través de un procedimiento distinto.

Aunque en la clandestinidad, la acusación de Guzmán prosperó en el Congreso y declararon a Ceballos imposibilitado perpetuamente, basados en el artículo 99 de la Constitución de 1824 y nombraron presidente al gobernador de Puebla, Juan Mújica, quien por cierto, declinó tal honor.

Mientras tanto, uno de los políticos y militares más influyentes de la época, Manuel Robles Pezuela, quien había sido Secretario de Guerra en la presidencia de Arista, se adhiere al Plan de Hospicio y así lo proclama en Arroyo Zarco el 6 de febrero de 1853. Con estos nuevos apoyos, Ceballos regresa a la Suprema Corte y al día siguiente se declara al general Manuel María Lombardini nuevo presidente de la República, uno de los partidarios de Santa Anna más identificados.

Lombardini se encargó de preparar la entrada triunfal de Santa Anna. Nada importó que las tribus de indios salvajes de los Estados Unidos incursionaran en nuestro territorio y masacraran las poblaciones fronterizas mexicanas, en total complicidad del gobierno de ese país, sino que lo importante para Lombardini eran las ceremonias luctuosas de Anastasio Bustamante a quien se le desprendió el corazón de su cadáver y se le inhumó con las cenizas de Iturbide, según su deseo. Este tributo al destructor de la Constitución de 1824 presagiaba malos tiempos. Lo importante para Lombardini era esperar a Santa Anna para quien el 11 de abril de 1853 le decretaría un grado único y especial para él: el de "capitán general de ejército" con un sueldo de doce mil pesos anuales y, mientras esperaba, Lombardini podía arreglar algunos negocios de terrenos de los barrios de San Juan y Santiago en la ciudad de México.

6. El regreso de Santa Anna se fraguaba desde el 5 de enero de 1853 en que fueron comisionados el coronel Manuel María Escobar, Alfonso Hegewich y Salvador Baties a entrevistarse con el caudillo y dictador. Para el 17 de marzo del mismo año se había decretado el resultado de la designación, que no elecciones, de López de Santa Anna como nuevo presidente, que habían realizado los gobernadores de la República.

A pesar de que Santa Anna se muestra titubeante al principio decide finalmente abandonar su papel del buen déspota de Turbaco, pueblo colombiano al cual había contribuido a su progreso, y sacrificarse nuevamente por su patria, pues según mencionó: "No es posible que yo vuelva a ver serenamente a unos hombres que se han elevado al poder, sin antecedente alguno que los favorezca; al que no ha sido nunca, ni buen hijo, ni buen esposo, ni buen amigo, ni buen ciudadano".

De esta manera el 10. de abril de 1853 su puerto natal, Veracruz, lo recibe a bordo del barco inglés "Avon" que lo transportó desde su exilio y allí recibe los primeros honores. Sin embargo, los liberales no pierden la oportunidad para hacerle patente la expresión popular. El abogado liberal, Joaquín Ruiz le manifestó en una reunión, con inusitada valentía: "Esta pompa, señor; ese exagerado entusiasmo que os rodea es la irrisión de la verdad. La nación no cree ni puede tener esperanza vos, que la ha sacrificado siempre a su ambición y su capricho".

Al llegar a la ciudad de México, Santa Anna, el dictador resplandeciente según expresión de Rafael Muñoz, se dirigió a la Cámara de Diputados y protestó ante el entonces presidente interino de la Suprema Corte de Justicia y posterior diputado constituyente, Marcelino Castañeda. El presidente Santa Anna no leería su discurso de protesta del cargo por una laringitis, por lo que José Miguel Arroyo con su renovado cargo de encargado del despacho de Relaciones, lo leyó.

El primer asunto importante al que se enfrenta es la cuestión internacional de La Mesilla. Los Estados Unidos no conformes con la *invasión* y desprendimiento de la mitad del original territorio mexicano, abruman a su antiguo enemigo Santa Anna con nuevos motivos de reclamos territoriales. Desde enero de 1853, el Congreso de ese país exigía la concesión de comunicación transistmica para la compañía Manning Mackintosh and Sneider por el istmo de Tehuantepec.

Después, en abril de 1853 el militar William Carr Lane, gobernador del territorio de Nuevo México anunció que el territorio conocido como "La Mesilla" era parte de Nuevo México y que por lo tanto reuniría tropas para exigir su anexión. Arroyo explica desde México al enviado diplomático de los Estados Unidos, Alfred ConKling que dicho territorio es parte del Estado de Chihuahua en virtud de los límites fijados en el Tratado Guadalupe Hidalgo de 1848.

Convencido de la argumentación de Arroyo, ConKling escribe a Lane de Nuevo México para persuadirlo de su acción y ante esta actitud "sospechosa" de apoyo a México es inmediatamente removido de su

representación diplomática, para ser sustituido por el aventurero James Gadsden.

Gadsden quiere negociar nuevas cesiones onerosas de territorio mexicano con interés particular en Baja California, Sonora y Chihuahua. Santa Anna cede en las pretensiones, como la de no exigir la responsabilidad de indemnizar a los mexicanos, residentes en la frontera, por los daños propiciados por el vandalismo de grupos indígenas solapados por autoridades de aquel país, y además cede en las pretensiones sobre La Mesilla y, México pierde nuevamente una parte de su territorio.

Desde un principio, Santa Anna maquina la concentración de poder en su persona; para ello se vale de periódicos como *El Universal* que el 17 de abril de 1853 se manifiesta a favor de los gobiernos fuertes como elemento indispensable para la prosperidad del país. Como sintoma de esta ansiedad de poder, legisló efusivamente sobre todos los aspectos imaginables. Empezó con las facultades que deberían tener los gobernadores (11 de mayo de 1853), expidió una ley sobre bancarrotas (31 de mayo de 1853), sometió a los ladrones a tribunales militares (2 de junio de 1853), expidió penas para empleados de hacienda (28 de junio de 1853), mandó uniformar a los ministros de la Suprema Corte (5 de julio de 1853), expidió una ley expropiatoria (7 de julio de 1853), otra ley sobre traición a la patria (9 de julio de 1853), otra sobre traición a la patria (9 de julio de 1853), otra sobre conspiradores (10 de agosto de 1853), creó tribunales de hacienda (20 de septiembre de 1853), convirtió a los Estados libres y soberanos en Departamentos (21 de septiembre de 1853), estableció impuestos sobre la posesión de pesos (24 de octubre de 1853), eliminó el fuero constitucional de los diputados (16 de diciembre de 1853), otro impuesto sobre puertas y ventanas y luces exteriores (9 de enero de 1854) expidió una ley sobre extranjería y nacionalidad (30 de enero de 1854), limitó la libertad de imprenta (16 de marzo de 1854), expidió un Código de Comercio (16 de mayo de 1854).

En una palabra, concentrando facultades legislativas, Santa Anna había destruido el sistema federal con las llamadas "Bases para la administración de la República hasta la promulgación de la Constitución", expedidas el 23 de abril de 1853, así como las libertades como la de expresión, con la infausta Ley Lares que provocó el cierre de periódicos liberales como *El Monitor Republicano*, *El Instructor del Pueblo* y *El Telégrafo*. Había también militarizado a la sociedad y elevado a una proporción *inusitada* los impuestos. Por otro lado, administra al estilo que otro dictador lo emularía: Porfirio Díaz; creando la Secretaría de

Fomento y la Administración Nacional de Caminos y como complemento construye caminos, vías férreas, inaugura telégrafos e, incluso, organiza un concurso para la composición de un himno nacional, que es el oficial actualmente.

Pero toda esta parafernalia de poder no es por inspiración propia pues la *crema* del conservadurismo está detrás de él: Lucas Alamán, José María Tornely Mendivil, Antonio Haro y Tamariz y, sobre todo, Teodosio Lares. Para infortunio del dictador, los dos primeros mueren durante su administración, como un presagio de la soledad en medio de la cual habría de morir hasta el lejano año de 1876, y el tercero renunciaría, sólo le quedaría Lares.

6. En medio de esta avalancha legislatura, el 10. de marzo de 1854, el ex-comandante general de Costa Chica destituido por Santa Anna en octubre del año anterior, el coronel Florencia Villarreal, nativo de Cuba, lanzó un plan contrario al dictado en Ayutla. Desde el 22 de febrero, Santa Anna había enviado al general Ángel Pérez Palacios a Acapulco para que sofocara cualquier intento de sublevación, pues habían llegado varios liberales, procedentes de los Estados Unidos, y temía que causaran problemas.

El Plan de Ayutla fue el inexorable resultado que se pronunció en nueve puntos:

- 6.1. Cesa en sus funciones el presidente Antonio López de Santa Anna y sus demás funcionarios.
- 6.2. Se convocará un representante por cada Estado y Territorio para que se elija presidente interino.
- 6.3. El presidente interino quedará investido de amplias facultades para atender la seguridad e independencia del país.
- 6.4. En los Estados donde se secunde el Plan, el jefe de las fuerzas adheridas, en compañía de siete personas, promulgará un Estatuto Provisional para el Estado.
- 6.5. A los quince días de haber tomado posesión el presidente interino convocará a un congreso extraordinario para que se ocupe "exclusivamente de constituir a la nación bajo la forma de república representativa popular" así como de revisar los actos del propio presidente interino.
- 6.6. Se cuidará del ejército y se garantizará la libertad del comercio tanto interior como exterior.
- 6.7. Cesan los pasaportes y el impuesto de *capitación*.
- 6.8. Todo opositor al Plan es enemigo de la independencia nacional.
- 6.9. Se invita a los generales Nicolás Bravo, Juan Álvarez y Tomás Moreno para que se pongan al frente de las fuerzas libertadoras.

El plan recibió adhesiones inmediatas, incluso sin conocer el texto del mismo, como sucedió en Tamaulipas, pues capitalizó el gran descontento contra Santa Anna. El 11 de marzo del mismo año, la guarnición de Acapulco, reunida en la fortaleza de San Diego, comandada por el coronel Rafael Solís, aceptó el Plan de Ayutla previa invitación que se hizo al coronel retirado Ignacio Comonfort, para que se pusiera al frente de las fuerzas. Esta adhesión se manifestó en algunas reformas al Plan, con las cuales se pretendía enfatizar el carácter liberal de la revolución que, para el 18 de abril de 1854, el propio *Diario Oficial* informaba de sus características: libertad de cultos, limitación de los fueros eclesiásticos y militares, separación del clero de la política, estatización del registro civil, nacionalización de bienes eclesiásticos y supresión de *obvenciones* parroquiales. Asimismo, la Reforma de Acapulco al Plan de Ayutla establecía la inviolabilidad de las garantías individuales.

Comonfort, al igual que Villarreal, también tenía agravios personales contra Santa Anna, pues había sido removido de la aduana de Acapulco; pero a pesar de estos hechos, la revolución de Ayutla fue, como lo aseverara certeramente Mario de la Cueva "el despertar vibrante de la nacionalidad mexicana". Juan Álvarez, el veterano combatiente insurgente de 64 años de edad, establecería por su parte su comandancia en Cuernavaca pues el clima de la ciudad de México no le acomodaba así como porque los propios capitalinos se mostraban intranquilos por la enfermedad que afectaba a gran parte de los integrantes de sus fuerzas: el mal del pinto; de ahí que estas fuerzas revolucionarias se conocieran con el mote de "los pintos".

Mientras tanto, había liberales radicados en Nueva Orleans, Luisiana, que complementarían la historia. Melchor Ocampo, Ponciano Arriaga, José María Mata y Benito Juárez se encontraban en el exilio por las persecuciones de Santa Anna. En junio de 1854 se trasladaron a la ciudad fronteriza de Brownsville, Texas, ya que esperaban la rebelión de Juan José de la Garza en Ciudad Victoria, Tamaulipas. La revolución en el Norte no se produjo sino hasta el 13 de mayo de 1855 en Lampazos, encabezada por Santiago Vidaurri. El famoso general liberal publicaría el 25 de mayo de ese año un plan en Monterrey en el que, a diferencia del Plan de Ayutla y sus reformas en Acapulco, haría una explícita referencia al sistema federal por implantarse en México.

Finalmente, la revolución triunfa y el 9 de agosto de 1855 Santa Anna sale de la ciudad de México rumbo a Veracruz. Pero apenas se

había dado el primer paso, pues la eliminación de una dictadura era más fácil que la reconstrucción constitucional del país.

En lugar del dictador y, como solía ocurrir en situaciones de esta índole, el poder ejecutivo se depositó en un órgano colegiado integrado por tres personas. Con la aceptación del Plan de Ayutla por la guarnición de la ciudad de México, se convocó a una junta que nombrara interinamente a un presidente. El jefe de esa guarnición, Rómulo Díaz de la Vega designó a los integrantes de la mencionada junta y el presidente designado fue Martín Carrera. En realidad, el procedimiento fijado por el Plan de Ayutla encargaba a Juan Álvarez, quien era el jefe de las fuerzas armadas, el reunir dicha junta para la designación del correspondiente presidente.

Carrera no hizo otra cosa más que descubrir a Miguel Lerdo de Tejada como un liberal cuya colaboración en la Reforma sería crucial en los años posteriores y, finalmente, renunciar, dejando que Álvarez convocara el 10. de octubre de 1855 a la junta de representantes, la cual quedó integrada por Valentín Gómez Farías, presidente; Melchor Ocampo, vicepresidente; Benito Juárez, secretario; Francisco de P. Cendejas, Diego Álvarez y Joaquín Moreno entre otros.

El resultado de la junta fue de otorgar trece votos a Juan Álvarez, el caudillo del sur, como presidente, contra tres votos para Comonfort y Ocampo respectivamente y un voto para Vidaurri.

De esta manera, el presidente interino, Álvarez, inició su administración recuperando a los representantes liberales más importantes en su gabinete: Ocampo como Secretario de Relaciones, Juárez como Secretario de Justicia, Guillermo Prieto en la Secretaría de Hacienda y Comonfort en Guerra. Pero la gran labor de Álvarez era convocar a un Congreso Constituyente según el Plan de Ayutla, por lo que la convocatoria a elecciones fue expedida el 17 de octubre de 1855.

En la convocatoria se determinaba que el Congreso Constituyente se debería reunir en Dolores Hidalgo, Guanajuato el 14 de febrero de 1856.

El 22 de noviembre de 1855, Álvarez cumple otro de los compromisos del Plan de Ayutla: suprimir las fuerzas eclesiásticas y militares, lo cual implicó la expedición de una ley sobre administración de justicia, con la cual se suprimen los tribunales especiales y excluye del conocimiento de los tribunales eclesiásticos o militares los negocios civiles.

Sin embargo, el general Álvarez no pudo llevar más allá las consecuencias de la Revolución de Ayutla y parte por la ciudad de México y su clima y parte por las constantes desavenencias entre Comon-

fort y Ocampo, decidió renunciar a la presidencia que interinamente había ocupado, dejando al primero en la silla del poder ejecutivo.

El 26 de diciembre de 1855, el nuevo presidente Comonfort modifica la convocatoria a elecciones del Congreso Constituyente en lo que respecta a la sede, ya que Dolores Hidalgo era una población pequeña sin los medios necesarios para la celebración de un Congreso tan importante y, aunque simbólicamente importante por haber sido la cuna de nuestra independencia, se requería que el Congreso fuera discutido y reportado por todos los medios de comunicación importantes, por lo que resultaba más conveniente la ciudad de México en donde los principales periódicos tienen su asiento y en donde no había problemas para alojar a los representantes del pueblo.

8. Por fin, después de imperios, cambios constitucionales, dictaduras, sublevaciones y golpes de Estado, el pueblo mexicano se reunió el 14 de febrero de 1856 en la ciudad de México para celebrar la primera junta preparatoria de su Congreso Constituyente. Ponciano Arriaga, de San Luis Potosí, se eligió presidente de esta junta, Mariano Yáñez es vicepresidente y León Guzmán, José María Cortés Esparza, Isidoro Olvera y Juan de Dios Arias fungen como secretarios.

La solemne sesión de apertura del Congreso Constituyente se celebró el 18 de febrero, a la cual concurrió Comonfort y el salón sede está todavía en el segundo piso del lado oriente del patio principal del Palacio Nacional.

Entre los diputados constituyentes no hubo ningún clérigo, a diferencia del Congreso Constituyente de 1824, y sus ilustres nombres son parte de la pléyade más números de estadistas mexicanos: Valentín Gómez Farías, el primer liberal mexicano; Francisco Zarco, el primer novista parlamentario; Anastasio Cañedo, teórico de la nacionalización de bienes eclesiásticos; Joaquín Ruiz, el valiente increpador de Santa Anna; Guillermo Prieto, el poeta financiero, Melchor Ocampo, el liberal más radical; Luis de la Rosa, el diplomático por excelencia; Santos Degollado, el militar ilustre; Vicente Riva Palacio, el republicano convencido; Jesús Camarena, el gobernador convencido; Ignacio L. Vallarta, el gran jurista político; Ignacio Ramírez, el luchador social; Miguel Lerdo de Tejada, el desamortizador eclesiástico; José María del Castillo Velasco, el primer tratadista de Derecho Constitucional y Administrativo y así hasta reunir un total de 178 diputados, cuyos nombres se ordenan por Estados en el anexo a este trabajo.

Se nombraron un total de trece comisiones, entre las cuales la más importante fue la de Constitución, encomendada para elaborar el pro-

yecto de Constitución que se sometería a discusión ante el pleno del Congreso. El primer presidente del Constituyente, Ponciano Arriaga, lo fue de la comisión de Constitución, en la cual también se encontraron los diputados Yáñez, Olvera, Romero, Díaz, Cárdenas, Guzmán y Escudero y Echánove.

Las demás comisiones fueron las siguientes:

- 8.1. *Gobernación*: Mariano Riva Palacio, J. Ignacio Herrera y José María Barros.
- 8.2. *Relaciones*: Mariano Yáñez, José María del Castillo Velasco y Francisco Zarco.
- 8.3. *Hacienda*: Guillermo Prieto, Pedro Escudero y Echánove y Ponciano Arriaga.
- 8.4. *Crédito Público*: Marcelino Castañeda, Juan N. Navarro y José María Castañares.
- 8.5. *Justicia*: Joaquín Cardoso, Francisco García Anaya e Ignacio Mariscal.
- 8.6. *Negocios Eclesiásticos*: José M. Romero Díaz, Manuel Buenrostro y Miguel Alatríste.
- 8.7. *Guerra*: Juan B. Ceballos, Francisco de P. Cendejas y José María Mata.
- 8.8. *Industria*: Darío Reyes, Ramón I. Alcaraz e Ignacio Muñoz Campuzano.
- 8.9. *Libertad de Imprenta*: J. de la Luz Rosas, Brasilio Pérez Gallardo y Manuel Zetina Abad.
- 8.10. *Policía*: Mariano Viadas, José María del Río y Vicente López.
- 8.11. *Peticiones*: Juan de Dios Arias, Benito Quijano y Luis García de Arellano.
- 8.12. *Guardia Nacional*: Ponciano Arriaga, Miguel Buenrostro y Vicente Riva Palacio.

Entre los diputados liberales existían un grupo, también selecto, en el que la moderación y sus tendencias conservadoras fueron manifiestas: Marcelino Castañeda, ex-gobernador de Durango durante el centralismo y ex-ministro de la Suprema Corte con Santa Anna, Mariano Arizcorreta distinguido político del Estado de México, Prisciliano Díaz González también futuro político prominente bajo Porfirio Díaz, Juan Antonio de la Fuente, Juan E. Barragán, Vicente López, José Eligio Muñoz ilustre procurador de Justicia en el futuro, Antonio Aguado y Pedro Ampudia entre otros.

Todos participaron con sus luces en el Congreso y la apertura del mismo se muestra no sólo con los grandes debates, sino con la presidencia del Congreso que, ocupada mensualmente, fue ocupada por una diversidad de personajes:

- a) Ponciano Arriaga, del 14 de febrero al 28 del mismo mes de 1856.
- b) Melchor Ocampo, del 29 de febrero al 30 de marzo de 1856.
- c) Mateo Echaiz, del 31 de marzo al 29 de abril de 1856.
- d) J. de la Luz Rosas, del 30 de abril al 30 de mayo de 1856.
- e) Antonio Aguado, del 31 de mayo al 29 de junio de 1856.
- f) Valentín Gómez Farías, del 30 de junio al 30 de julio de 1856.
- g) Santos Degollado, del 31 de julio al 29 de agosto de 1856.
- h) Mariano Ariscorreta, del 30 de agosto al 30 de septiembre de 1856.
- i) José Ma. Mata, del 1o. de octubre al 30 del mismo mes de 1856.
- j) Marcelino Castañeda, del 31 de octubre al 1o. de diciembre de 1856.
- k) Sabás Iturbide, del 2 de diciembre al 30 del mismo mes de 1856.
- l) León Guzmán, del 31 de diciembre de 1856 al 4 de febrero de 1857, y
- m) Valentín Gómez Farías, el 5 de febrero de 1857.

9. Las sesiones del Congreso Constituyente empezaron desde el 18 de febrero de 1856, de esta fecha hasta la juramentación de la Constitución, habría de transcurrir casi un año entero, lleno de interés para el debate parlamentario y repleto de incidentes. La exposición de motivos del Proyecto de Constitución que habría de presentar la comisión correspondiente no fue leída sino hasta en la sesión del 16 de junio de 1856 y la discusión en lo general comenzaría el 4 de julio del mismo año. El Congreso Constituyente tendría a costas muchísimas funciones, ya que debería de funcionar igualmente como legislador ordinario y como revisor de los actos de la dictadura de Santa Anna y de los del propio Presidente Interino, Juan Álvarez.

El 29 de abril de 1856 se anuncia la aprobación del acuerdo pre-setado por la Comisión de Policía en el cual se dispuso que en las galerías de la Cámara hubiere una tribuna exclusiva para los periodistas, con lo cual se cumplía con el anhelo de hacer públicas y divulgadas las sesiones del Congreso. Francisco Zarco diría al respecto: "Exa-

mínese la historia de las asambleas legislativas y se verá siempre que la prensa ha sido una segunda tribuna".

Por otra parte, la independencia del Congreso se templó cuando por primera vez en la historia constitucional se niega la ceremonia de asistir a la catedral metropolitana para un Te Deum, con el objeto de que las luces celestiales descendieran sobre los espíritus de los diputados. La representación del pueblo mexicano surgida de una Revolución, no requería de esa apelación metafísica, cuando la cruenta realidad les imponía su obligación.

En la prensa, tal era la avidez por formar opinión y conciencia del texto constitucional que tan pronto como se presenta el proyecto de Constitución se le reproduce íntegro, aun antes que en el *Boletín Oficial*. De esta manera, el famoso periódico *El Siglo XIX* publica un número especial el 18 de febrero de 1856 en donde se reproduce dicho texto. A partir del 23 de junio del mismo año, José María Iglesias inicia una sección en ese mismo periódico, titulada "Cuestiones Constitucionales" en la que periódicamente argumenta y no sólo reseña, sobre los debates que se van desarrollando en el Congreso Constituyente.

Por su parte, *El Monitor Republicano* crea una sección nueva en sus columnas, con el título de "Manifestaciones", a través de la cual se reproducirían los comentarios y opiniones del público sobre la Constitución discutida.

El escenario estaba puesto para los trabajos del Congreso que resultó ser un *volcán* ya que en su estructura se debatían no sólo liberales y conservadores, sino entre los liberales estaban los puros o radicales y los moderados, entre los cuales se insertaban los seguidores del presidente Comonfort. El enfrentamiento entre liberales puros y conservadores en ocasiones fue decidido en la votación por los liberales moderados quienes en proporción numérica pequeña, llegaron a desempeñar un papel importante por representar una tercera opción.

El choque que las facciones políticas representadas no aguardó un solo día y desde el tercer día de discusiones, del proyecto de Constitución, Marcelino Castañeda, presenta el 7 de julio de 1856 un proyecto para que el Congreso dejara de discutir una nueva Constitución y, en su lugar, aprobara la reexpedición de la Constitución de 1824 con su Acta de Reformas de 1847. Aparentemente, Castañeda aparecía como un devoto defensor de la primera constitución federal, había incluso el precedente de que como gobernador de Durango, durante el periodo centralista, había propuesto que se restituyera a la Constitución de 1824 con las reformas pertinentes. De inmediato fue desechada la

propuesta, pero en la sesión secreta del 23 de julio de 1856 se leyó nuevamente un proyecto similar, ahora suscrito no sólo por Castañeda, sino también por Arizcorreta, Revilla, Escudero (Antonio), Villagrán, Fernández Alfaro, Velázquez, Gómez Tagle y Díaz González.

Tocó argumentar contra estos proyectos a Ponciano Arriaga, Isidoro Olvera y José María del Castillo Velasco, quienes concluyeron su intervención con palabras vibrantes: "Seguramente para volver al año de 1824 no se necesitaban tantas víctimas, ni tantos sacrificios, ni tanta sangre como costó al país su última lucha contra la tiranía". Efectivamente, el desarrollo histórico del país no podía retroceder a los tiempos en que habíamos eliminado a Iturbide, habían transcurrido más de treinta años en los que habíamos que dar un paso adelante frente a tanta lucha y sufrimiento, y ese paso lo fueron los derechos del hombre. La nueva Constitución confirmaría sí de una vez para siempre, el régimen federal, pero además, establecería una declaración de derecho del hombre, tal como lo había evitado la Constitución de 1824 a semejanza de lo que había hecho el texto original de la Constitución de los Estados Unidos en 1787.

No obstante, el mismo día del segundo proyecto, el 23 de julio fue presentada una proposición de Santos y Joaquín Degollado, Rosas, Barragán, García Granados, Vallarta, Lemus, Julián Herrera, Jesús Rojas, Ignacio Sierra, Morales, Langlois, Fernández Alfaro, Velázquez, Albino Aranda y Dorantes y Ávila. Dicha proposición consultaba que el proyecto de Constitución fuera la de 1824 y que se comenzara a discutir las reformas necesarias a dicho texto fundamental.

Pero la mayoría de los diputados puros, aunque coincidían en el régimen federal de la Carta de 1824, se proponían garantizar los derechos del hombre y subordinar el poder ejecutivo al supremo poder legislativo, entre otras cuestiones que resultaban contradictorias con el espíritu de aquella constitución.

Aunque superado este punto de vista y presentado el proyecto de nueva constitución para su discusión, en agosto de 1856 se fundó el periódico *La Opinión* por Ignacio Montero, con la clara intención de persistir en la propaganda a favor de la aprobación de los proyectos ca de su filiación, pues en marzo de 1856 promovió el levantamiento de Castañeda y Arizcorreta.

9. El sector conservador del país no se había dado por vencido ni con la salida de Santa Anna, ni con la presencia de algunos de sus representantes en el Congreso Constituyente, ni con la prensa periódica en Puebla de Antonio Haro y Tamariz, sufragado y sostenido por el

clero de ese Estado. Comonfort al frente del ejército vence la rebelión y el día 31 del mismo mes y año aplica como sanción al clero solapador, la intervención del poder público sobre sus bienes. Con este escarmiento, el sector liberal del país comienza a pedir más medidas en contra del clero nacional.

Por otra parte, con relación a la aprobación de la Ley Juárez sobre la administración de justicia, se rindió dictamen el 12 de abril de 1856 en donde se polarizan las opiniones sobre el papel del clero: "¿Quién dejará de atribuir en gran parte los males que hemos sufrido a la existencia de las prerrogativas y exenciones que con tanto ahínco defienden los amigos del retroceso? Si, pues, por resultados prácticos, antes encubiertos y ahora puestos en claro, estamos convencidos de que la existencia de los fueros es altamente pernicioso al progreso de la nación, nada tan justo, tan político, tan conveniente, como aprobar, bajo este respecto, la ley de administración de justicia, que fue un gran paso para la conquista de la igualdad republicana". Y así fue aprobada en las sesiones del 21 y 22 de abril de 1856.

El Congreso Constituyente tuvo, sin embargo, que librar varios conflictos con el Poder Ejecutivo interino. En el fondo se justifica.

Para entonces, no había partido político o facción que estuviese aliada, los moderados, los puros y los conservadores estaban totalmente distanciados pues cada uno se sentía agraviado por algún acto del otro grupo. A los liberales puros se les acusaba de intemperados por su juventud, Zarco en las páginas de *El Siglo XIX* recogió la acusación el 24 de junio de 1856 y argumentó:

Verdad es que en el Congreso hay una mayoría de hombres nuevos; pero estos hombres nuevos, no porque no han servido bajo todos los regímenes, no porque no han sido ministros, no porque les falte habilidad para intrigar y torpes manejos, deben ser vistos con desdén por los que se sueñan hombres de Estado. Los hombres nuevos de la asamblea, son los elegidos del pueblo, son los hijos de la última revolución que proclamó la reforma, y si no tienen esa facilidad de algunas celebridades parlamentarias, para defender indistintamente el pro y el contra de una cuestión, y jugar a un tiempo con todos los partidos, tienen, sí, profundas convicciones, tienen fe en las ideas democráticas, valor para llevarlas a cabo, y obran conforme a su conciencia sin doblegarse a las órdenes de ningún jefe.

Según María del Carmen Ruiz Castañeda, los motivos secundarios que se agolparon para alejar a Comonfort del Congreso fueron en

ocasión de los despachos militares expedidos por Santa Anna y la discusión de la probable anexión de Coahuila a Nuevo León.

Mientras tanto, la prensa conservadora fustigó estas divergencias.

El 6 de junio de 1856 se suscitó un debate sobre la revisión de un decreto de Santa Anna que había permitido la entrada de la Compañía de Jesús nuevamente a México. Ignacio Vallarta defendiendo el dictamen de la comisión propuso la derogación del derecho con la consecuente prohibición del establecimiento de los jesuitas. En ocasión de este punto, los conservadores argumentaron que se atentaría contra la religión, a lo cual Vallarta manifestó que los jesuitas son sólo una forma de organización dentro del culto católico pero no son el culto por sí mismos.

El próximo punto sobre religión fue la aprobación de la ley de desamortización de bienes eclesiásticos que por obra de Miguel Lerdo de Tejada, se expidió el 26 de junio de 1856. Según veremos con posterioridad, el arzobispo de México protestó enérgicamente por la ley y propuso que se sometiera a la decisión del Papa esta materia. Ezequiel Montes, en su carácter de Secretario de Justicia, le respondió que en asuntos nacionales ninguna otra autoridad, más que las nacionales, tienen facultades decisorias.

10. El 10 de julio de 1856 empiezan las discusiones más importantes sobre el título primero de la Constitución, relativo a los derechos. Su inspiración es fundamentalmente de la declaración francesa de derechos promulgada el siglo anterior. El primer debate ocurrió cuando Ignacio Ramírez se atrevió a impugnar ni siquiera un artículo del texto sino el preámbulo del proyecto constitucional, en el cual se invoca el nombre de Dios. Ramírez refuta esta alusión, ya que "es muy respetable el encargo de formar una constitución, para que yo la comience mintiendo", y esevere que en representación divina se promulga la Constitución. "La Comisión, prosigue Ramírez, por medio de estas palabras, nos eleva hasta el sacerdocio"... "nos obliga a caminar de inspiración en inspiración hasta convertir una ley orgánica en un verdadero dogma".

La Constitución se promulga por la soberanía del pueblo la cual es inalienable, indelegable —concepción Rousseauiana— e imprescriptible. "El artículo constitucional, menciona Castillo Velasco, dice reside y no residió [en el pueblo], porque aunque para el establecimiento de un gobierno delega el pueblo algunas de las facultades de su soberanía, ni las delega todas, ni delega algunas irrevocablemente. Encarga el ejercicio de algunas de esas facultades y atribuciones a aquellos fun-

conarios públicos que establece; pero conservando siempre la soberanía, de manera que ésta reside constantemente en el pueblo.

"El poder público se instituye para beneficio del pueblo, prosigue Del Castillo, porque éste, al constituir un gobierno, no instituye un soberano, sino un delegado y como no puede ser que el pueblo quisiera obrar en contra suya, sino en su bien, necesariamente el establecimiento y la institución del poder es para bien del pueblo".

En el artículo 40 del proyecto de Constitución se establecía que a partir del año de 1860, para ser ciudadano, se requeriría saber leer y escribir. Esta disposición causó conmoción y permite apreciar el avance político que hizo el Congreso sobre esta materia, ya que finalmente fue suprimido este requisito. El diputado Peña y Ramírez objetó la disposición ya que "las clases indigentes y menesterosas no tenían ninguna culpa", puesto que es obligación del poder público velar por la instrucción pública.

Posteriormente, hubo un debate en torno a la forma de elección popular que se debería adoptar para la renovación de los poderes. Según Zarco y Ramírez las elecciones deberían ser directas, mientras que Olvera y Moreno opinaban que lo conveniente, dada la ilustración de la población, era una elección indirecta. Zarco y Ramírez aseveraron que la elección indirecta, a través de electores, sería una burla a la democracia, pues los electos lo serían tan sólo de la voluntad de un grupo de electores y no del pueblo.

11. El análisis del contenido de la Constitución de 1857 puede hacerse a través de los siguientes rubros: a) El de las garantías o derechos, incluyendo al de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; b) El de la soberanía nacional y forma de gobierno como república representativa federal, y c) El de la estructura de los poderes federales y locales.

El artículo primero constitucional hizo de los derechos del hombre la base de las instituciones sociales. El Congreso Constituyente adoptó una tesis totalmente jusnaturalista, al afirmar a través de León Guzmán: "el hombre es un ser eminentemente libre y eminentemente social; al reunirse los hombres en sociedad, convienen en sacrificar un poco de su libertad natural, para asegurar la restante; esta parte de la libertad que se reúnan todos los individuos, es lo que constituye el derecho del hombre en sociedad; asegurar este mismo derecho, debe ser el fin de las constituciones y de todas las leyes: así, la comisión ha tenido razón al decir que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales".

A pesar de que a los ojos contemporáneos, los derechos naturales son cuestionables, la grandeza del artículo primero de la Constitución de 1857, como lo aprecia Mario de la Cueva, está en su alcance ilimitado, extendido a todos los seres humanos, logrando por primera vez una generosa protección de los derechos tanto a los nacionales mexicanos como extranjeros.

Dentro de las garantías de libertad hubo una discusión de carácter trascendentalísimo en donde confluyeron todas las divergencias ideológicas y pasiones ideológicas subyacentes en el Congreso Constituyente. Esta discusión fue sobre el artículo 15 del proyecto constitucional, los debates desbordaron el recinto del congreso y existe una abundantísima folletería en donde prelados, periodistas y políticos opinaron al respecto: y fue sobre la libertad de culto.

El artículo mencionado establecía que:

No se expedirá en la República ninguna ley, ni orden de autoridad que prohíba o impida el ejercicio de ningún culto religioso; pero habiendo sido la religión exclusiva del pueblo mexicano la católica, apostólica, romana, el Congreso de la Unión cuidará, por medio de leyes justas y prudentes, de protegerla en cuanto no se perjudiquen los intereses del pueblo ni los derechos de la soberanía nacional.

A pesar de que el artículo era realmente moderado, encubría toda la pugna que posteriormente se desataría en la Reforma pero que para el año de 1857, rompía con la tradición implantada por la propia Constitución de 1824 en la que declaraba a la religión católica como la religión de Estado, prohibiendo el ejercicio de cualquier culto. Sin embargo, para los liberales puros ya había llegado el momento de ejercer plenamente la libertad de pensamiento y conciencia, por lo que no había por qué proibir otras religiones.

En el Congreso los conservadores entraron en acción cuando Castañeda y Arizcorreta atacaron el artículo, Arizcorreta trató de confundir al distinguir entre la libertad de conciencia que es plena, por lo que la ley no puede limitarla y la libertad de culto en donde las leyes deben reglamentarla pues se manifiesta externamente y afecta la vida social. Castañeda apeló a la unidad religiosa de México por lo que la Constitución no puede permitir la disgregación de las tradiciones del país. Reiteradamente Arizcorreta tomó la palabra para atacar el artículo y puso un inteligente ejemplo de las complicaciones que habría si

se aceptaron nuevos cultos y mencionó el islamismo que permite la poligamia, la cual es enteramente contraria a la moral católica.

Comonfort a través de Lafragua apoyó a los conservadores en esta cuestión. Sin embargo, a pesar del apoyo oficial para retirar el artículo del proyecto, los liberales argumentaron brillantemente, incluso con los propios argumentos de la tradición católica. La libertad de conciencia, dijeron, es el mensaje sublime del cristianismo, pues nació en un mundo pagano y judío de intolerancia. Mata enfatizó un punto obvio, pero necesario, el artículo es estrictamente permisivo, trata de libertad, no de imposición de otros cultos.

No obstante el esfuerzo de los liberales, el 5 de agosto de 1856 la cuestión de los cultos se declaró "sin lugar a votar" por sesenta y siete votos contra cuarenta y cuatro, para que se regresara a la comisión. No se presentó ningún otro dictamen sobre la materia, pero en la sesión del 26 de enero de 1857, Arriaga presentó una propuesta de artículo, que sería el 123, como una disposición mínima que estableciera la independencia entre clero y Estado:

Corresponde exclusivamente a los poderes federales ejercer, en materia de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes.

Así los conservadores ganarían la primer batalla que, por cierto, no duraría mucho pues las Leyes de Reforma introducirían la libertad de cultos.

12. Entre los derechos debatidos en el Congreso se encuentran evidentemente las inquietudes que hubo sobre las condiciones de los trabajadores y campesinos, así como las sólidas ideas sobre la propiedad privada, pero de ello hay que tratar en el segundo apartado. Por lo que respecta a los demás derechos, resulta interesante comentar los juicios por jurado que los liberales puros pretendieron implantar, basados en la idea, según expresara José María Mata, de introducir elementos democráticos en los procesos judiciales. Efectivamente, se consideraba que en las causas penales, los jueces no deberían ejercer el monopolio sobre la decisión de culpabilidad y sanción de los inculcados, por lo que basados en las tradiciones anglosajonas, se proponía que hubiera un jurado integrado por doce personas que representaran la conciencia nacional y apreciaran sobre los hechos y sobre la responsabilidad de los inculcados.

Los moderados a través de Vallarta atacaron esa institución y con la persuasión y brillantez del futuro gran jurista, el Congreso votó por desechar el jurado.

Una de las ideas que unánimemente sostuvo el Congreso fue el rechazo a la pena de muerte. Como siempre, Ignacio Ramírez presentó la avanzada y expresó que en cada criminal, la sociedad es cómplice. Isidro Olvera, basado en la entonces reciente disciplina conocida como "frenología" presentó argumentos a favor de la idea de que los crímenes tienen causas fisiológicas. Ramírez manifestaba: "La sociedad pues, tiene la fuerza, el poder, no debe obrar como la persona ofendida; debe sí procurar la reparación; y si es menester imponer pena, no lo ha de hacer en nombre de la venganza: sino con el único ánimo de corregir al delincuente".

13. Para comprender el carácter político de la Constitución de 1857, deben mencionarse las tendencias que el constituyente marcó en las relaciones entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La división de poderes que se consagra en el constitucionalismo clásico, no es la separación en bloques de las atribuciones de cada uno de los poderes; sino más bien la relación y afinidad de funciones que un poder tiene con otro.

De esta manera, la Constitución de 1857 implantó un sistema presidencial muy característico. Tiene similitudes con el angloamericano, pero sin lugar a dudas tiene sus diferencias notables. Por principio, el Constituyente trató de limitar y subordinar al presidente de la República lo más posible. No le reconoció veto para los proyectos de ley aprobados por el Congreso, suprimió la vicepresidencia y la sustitución presidencial se haría por el presidente de la Suprema Corte de Justicia, así llegaron Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada a la presidencia.

Otras peculiaridades del sistema fue la aceptación de los Secretarios de Estado en las sesiones del Congreso para hacer escuchar su voz sobre los asuntos de su competencia, así como el reconocimiento de un refrendo de los Secretarios de los actos del presidente, extendiendo así la responsabilidad política a los altos funcionarios por cualquier falta o abuso en el ejercicio de su encargo.

La supresión del Senado, por considerarse un cuerpo *aristocratizante* y para dar celeridad a las grandes tareas legislativas de los Congresos futuros, indujo teóricamente un mayor control de la Cámara de Diputados sobre el presidente. El Congreso estudiaba y aprobaba concesiones, patentes de invención, privilegios, daba autorizaciones para aceptar condecoraciones, ejercer actos de mayoría de edad a los me-

nores, revalidaba estudios, concedía la naturalización a los extranjeros, etcétera. El Congreso quería pues hacer actos legislativos y administrativos.

Sin embargo, a pesar de esta pesada estructura para el Legislativo, las difíciles condiciones del país en los años venideros, darían paso al predominio del presidente en el campo político, sobre todo a través de sus funciones como comandante en jefe de las fuerzas armadas y sus complementarias facultades de emergencia.

Con las reformas constitucionales de 1874, el esquema original descrito de la Constitución cambió, para transformarse en un sistema muy parecido al de la Constitución de 1917.

14. El jueves cinco de febrero de 1857, a las diez de la mañana inició la sesión solemne de lectura y aprobación de la Constitución. Con la asistencia de 95 diputados, la presidencia de Valentín Gómez Farías, la secretaria de José María Mata y la presidencia de la Comisión de Estilo, encargada de la redacción final, a cargo de León Guzmán, quien también fungía como vicepresidente de la sesión, se procedió conforme a lo convenido.

El primero en jurar la Constitución fue Guzmán y después, entre la ayuda de Benito Gómez Farías, Joaquín Degollado y Guillermo Prieto, levantaron al patriarca Valentín Gómez Farías, quien contaba con 76 años, para que jurara también la Constitución.

Después del magno evento, algunos diputados se reunieron en el Tivoli en donde Francisco Zarco pronunció un admirable discurso en el brindis que merecía el cumplir la gran tarea de constituir a la nación mexicana.

La Constitución se promulgó finalmente el 17 de febrero de 1857 y mediante un decreto del 17 de marzo se mandó que fuera jurada por todas las autoridades y empleados de la República. El clero retó al gobierno cuando decretó a su vez la excomunión para todo aquel que jurase la Constitución, requiriendo una retractación pública en los casos en que ya lo hubiesen jurado. Los obispos de Guadalajara y Morelia emitieron infinidad de pastorales contra la Constitución y el gobierno en un franco ataque hacia el orden constitucional.

García Granados explica estos ataques en la concepción que han de haber tenido los jerarcas eclesiásticos en un espíritu teocrático, herencia de la época colonial. La Constitución eliminaba teocracia en varios aspectos: se prohibía la celebración de contratos que tuviera por objeto la pérdida de la libertad del hombre (artículo 5o.), se declaraba la libre manifestación de ideas (artículo 6o.), así como la libertad de escribir (artículo 7o.), de asociarse (artículo 9o.), y se prohibía la

aceptación de títulos de nobleza (artículo 12) y evitaban los tribunales especiales y las leyes privativas (artículo 13). De esta manera, la Iglesia perdía el monopolio de la enseñanza, no podía forzar los votos monásticos, y perdía la fuerza de la censura en los impresos, además de limitar seriamente sus propiedades.

El 12 de febrero de 1857 se expide la ley electoral para Presidente de la República, Ministros de la Suprema Corte y diputados al Congreso de la Unión. Las elecciones se verificaron con una profunda división entre liberales puros y moderados y con el total desprecio de los conservadores. El resultado recayó en Comonfort como presidente y Benito Juárez como presidente de la Suprema Corte de Justicia y virtual vicepresidente de la República.

El 8 de octubre de 1857 comenzó a funcionar el primer Congreso constitucional y entre sus primeros actos estuvo el acuerdo de otorgamiento de facultades extraordinarias, solicitado por Comonfort. Su periodo como presidente interino concluiría el 30 de noviembre pero seguiría en el cargo con el carácter de constitucional. La Constitución permitiría la reelección indefinida. El 14 de diciembre del mismo año el diputado Eligio Sierra acusaría ante la Cámara, al general Félix Zuloaga y al Secretario de Hacienda, Manuel Payno, como conspiradores contra las instituciones. El 17 de diciembre, Zuloaga se sublevó en Tacubaya con el apoyo de Comonfort contra la Constitución y el Congreso de la Unión. El llamado Plan de Tacubaya derogaba la Constitución recién expedida y convocaba a un nuevo Congreso Constituyente integrado exclusivamente por conservadores, se eliminaba, igualmente la ley de desamortización. Con el Plan se encarceló a Juárez y al presidente del Congreso, Isidro Olvera.

Por último, el 11 de enero de 1858 Zuloaga se pronuncia contra el moderado Comonfort y, ante estos hechos, sale de la capital no sin antes liberar a Juárez. La guerra de los tres años había comenzado. Los gobernadores de Jalisco, Michoacán, Colima, Aguascalientes, Guanajuato y Querétaro y las fuerzas liberales se confían al general Anastasio Parrodi.

El 15 de enero de 1858, Juárez como presidente de la Suprema Corte, sustituye al presidente fugitivo y toma las riendas del Poder Ejecutivo, por mandato constitucional, en Guanajuato. El gobierno itinerante de Juárez prosigue a Guadalajara donde casi pierde la vida, debido a la traición del coronel Antonio Landa. Después continúa a Colima y a Veracruz desde el 4 de mayo de 1858. En este puerto, el 12 de julio de 1859 promulga las Leyes de Reforma en donde ratifica la separación

de la Iglesia y el Estado, la nacionalización de los bienes eclesiásticos, la supresión de las órdenes monásticas, la libertad de culto.

Con el triunfo de las fuerzas liberales de Jesús González Ortega y de Ignacio Zaragoza, además de la toma de Guadalajara y la batalla de San Miguel Calpulalpan, Juárez entra triunfante el 11 de enero de 1861 reinstaurándose así la vigencia de la Constitución de 1857.

II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

15. Cabe a la Carta de 1857 el honor de ser la primera que dentro del sistema federal inserta los derechos del hombre y, con éstos, logra incluir varias disposiciones en materia económica. Entre los liberales puros había un gran descontento contra el sistema económico que producía una gran desigualdad social. Ponciano Arriaga mencionaba que "un pueblo no puede ser libre, ni republicano y mucho menos venturoso por más que cien constituciones y millares de leyes proclamen derechos abstractos, teorías bellísimas, pero impracticables, como consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad".

La Constitución de 1857 es de corte liberal con las características del liberalismo económico clásico: a) utilitarista, que implica el impulso psíquico para obtener la utilidad personal en cada individuo, b) individualista, al ser la sociedad un conjunto de individualidades, y el bien del individuo, como parte, será el de la sociedad, c) consagra la propiedad privada como derecho natural y anterior al Estado y d) rechaza la intervención del Estado y la Iglesia en los asuntos económicos. Según Quesnay y los fisiócratas, la mano invisible de la naturaleza conduce mejor la economía y el Constituyente de 1856-1857 lo siguió puntualmente.

El gran teórico del liberalismo mexicano, José María Luis Mora había seguido fielmente el pensamiento económico inglés de Adam Smith, aunque la peculiaridad en nuestro país, fue el énfasis de la separación entre Estado e Iglesia que los liberales mexicanos se encargaron de plasmar desde los inicios de nuestra Independencia. Mora, constituyente de la primera Constitución del Estado de México consagró en 1827 dicha separación. En 1831 el célebre gobernador federalista de Zacatecas, Francisco García, convocó a un concurso sobre las formas de reglamentación de la propiedad eclesiástica. En dicho concurso había participado Mora, ganándolo y estableciendo los antecedentes de la desamortización.

En el mismo año de 1831, Lorenzo de Zavala había propuesto la innovadora medida de pagar la deuda pública del país con la subasta de los bienes eclesiásticos.

Antes de la Constitución de 1857, se había ya anunciado por Francisco Severo Maldonado en convertir al Estado en el único dueño de la tierra con el objeto de que se distribuyera equitativamente la propiedad inmobiliaria con posterioridad. Esta tesis demasiado avanzada para su época, rebasó a los constituyentes de 1856-1857 y sólo fue recogida hasta el artículo 27 de la Constitución de 1917.

Por otra parte, con relación al comercio México tuvo una disyuntiva desde 1824, cuando se expidió el primer arancel general de aduanas, entre el libre cambismo y el proteccionismo. La política hacendaria al respecto fluctuó tanto según el tiempo como con el tipo de comercio. El libre cambismo debería existir tratándose del comercio interior con el objeto de uniformar y promover la circulación interna de las mercancías; pero tratándose del comercio exterior resultaba conveniente el establecimiento de barreras arancelarias para proteger la industria y comercio internos.

Uno de los primeros analistas del sistema económico mexicano, Tadeo Ortiz se pronunció por el libre cambio y este parecía ser la tendencia original de la política económica, sin embargo, aun los exponentes del conservadurismo reconocían, como Esteban Antuñano, la necesaria participación del Estado en la regulación económica y la necesaria planeación de un programa económico. Lucas Alamán, por su parte, concebía esta participación a través de Bancos del Estado, de la creación de una Dirección General de Industria o a través de la prohibición de importación de ciertas mercancías.

Sin embargo, el proteccionismo tanto en el comercio interno como externo, resultaba benéfico para el país, por lo que aunque contrarias a los postulados del liberalismo económico, se adoptaron medidas proteccionistas, sobre todo, porque había una razón histórica y otra económica.

La razón histórica es que México presenta una tradición en la cual el Estado era interventor por antonomasia. Desde la Colonia, los monopolios estatales o estancos, el proteccionismo aduanal, las alcabalas y el peaje eran obstáculos que pesaban cada vez más a mediados del siglo XIX.

Sin embargo, si el Estado aceptara renunciar a sus estancos, los impuestos de alcabalas y peajes serían más difíciles pues de ellos prácticamente se mantenía el erario; de esta manera, aunque el liberalismo proponía su supresión y el comercio interior se veía perjudicado por

esos impuestos, el gobierno era importante para solucionar el problema, sin verse dañadas sus propias finanzas.

16. El 31 de enero de 1856, el Secretario de Hacienda de Comonfort, Manuel Payno, expidió la Ordenanza General de Aduanas Marítimas y Fronterizas en la cual se prohibió la introducción de 18 mercancías y dejó subsistentes más de siete "derechos adicionales" que eran impuestos complementarios a la introducción de mercaderías extranjeras. Estos derechos eran los siguientes:

- 16.1. Derecho municipal de un real por cada bulto de ocho arrobas, destinado para la hacienda de la municipalidad del puerto de entrada.
- 16.2. Derecho de mejoras materiales calculado en un 20% de los derechos de importación, que se destinaba para la mejora de los caminos.
- 16.3. Derecho de internación de un 10% a los derechos de importación y se cobraba al salir la mercancía para el interior del país.
- 16.4. Derecho de contrarregistro equivalente a un 20% calculado sobre la entrada de capitales.
- 16.5. Derechos de amortización de la deuda pública que consistía en un 25% de los derechos de importación.
- 16.6. Derecho de consumo apreciado en un 6.5% del valor de la mercancía.
- 16.7. Derechos diversos como el de tonelaje, aguada, muelle y practaje, que también se imponían por el desembarque de las mercancías.

Ante tantos impuestos que equiparaban el gobierno de Comonfort con el de Santa Anna, el anhelo del Plan de Ayutla era de que el gobierno decretara libertades y franquicias y se volviera al prototipo del liberalismo libre cambista, con plena libertad de circulación de mercancías y sin tantas prohibiciones. Todo aquello que inmovilizara a la economía tenía que ser liberalizado; el 27 de enero de 1857 varios diputados constituyentes propusieron la consiguiente idea de suprimir las alcabalas, que fragmentaban a la economía nacional, después de varios debates, se llegó al acuerdo de no suprimirlas inmediatamente, pues constituían una buena fuente de ingreso que había que sustituir. Como resultado se aprobó el artículo 124 que estableció que para el día primero de junio de 1858 quedarían abolidas las alcabalas y las aduanas interiores en toda la República.

Desafortunadamente, esta fecha límite para suprimir estos impuestos no fue acatada y tuvo que reformarse la Constitución en seis ocasiones hasta que, en 1896, se logró finalmente el anhelo del constituyente.

De la misma manera, el inmovilismo de la propiedad inmueble que había creado el acaparamiento del clero y el hecho que, para 1856, había el mismo número de haciendas y propietarios que se había calculado desde 1808 con una diferencia notable de población, pues en el año del Congreso Constituyente se había calculado una población de ocho millones de habitantes; hacía que la desamortización de la propiedad territorial fuera imperante, tal como se expidió el 26 de junio de 1856 y se aprobó por el Constituyente el 24 de enero de 1857.

17. La propiedad fue respetada al extremo por el Congreso de acuerdo con los cánones más ortodoxos del liberalismo. Aunque el artículo 27 admite la intervención estatal de la propiedad privada, a través de la expropiación, ésta sólo podía hacerse *previa* la declaratoria de utilidad pública y el pago de una indemnización.

El 10 de julio de 1856, un grupo de grandes propietarios sometió a consideración del Congreso una representación en donde establecía claramente que la propiedad privada es anterior a la sociedad misma y tal fue el pensamiento general de los constituyentes.

Sin embargo, con relación a este punto, ya se adelanta el pensamiento de avanzada del constitucionalismo social del siglo XX, en los tres votos particulares que presentaron José María del Castillo Velasco, Ponciano Arriaga e Isidoro Olvera.

Para del Castillo Velasco, en su voto particular sobre las municipalidades, presentado el 16 de junio de 1856, debe haber una repartición igualitaria de la propiedad territorial y, previendo las consecuencias de la desamortización, solicitó que las comunidades o pueblos tuvieran suficientes tierras para su común repartimiento. Adopta la idea de que el trabajo es el título legítimo de la propiedad territorial, por lo que a los campesinos e indígenas debe otorgárseles, al ser los únicos que trabajan la tierra.

El 23 de junio de 1856, el Congreso conoció de un segundo voto particular sobre el derecho de propiedad, el de Ponciano Arriaga; según el distinguido constituyente: "el derecho de propiedad consiste en la ocupación o posesión teniendo los requisitos legales; pero no se declara, confirma y perfecciona, sino por medio del trabajo y la producción". En este aspecto, Arriaga coincide con el promotor de la doctrina social más importante en el Constituyente, Ignacio Ramírez,

quien ya había mencionado que "donde quiera que existe un valor, allí se encuentra la efigie soberana del trabajo".

Ramírez fue, sin lugar a dudas, el constituyente más progresista. Durante el Congreso lo vemos siempre apoyando las causas populares y después de su actividad legislativa, sus ensayos, particularmente los escritos en 1875, son ejemplo de la honda preocupación social por los campesinos y los trabajadores. Su pensamiento se aleja del liberalismo y anuncia el constitucionalismo social del presente siglo XX.

Un tercer proyecto sobre la propiedad, como la iniciativa de ley de Isidoro Olvera presentada el 7 de agosto de 1856, también justifica a la propiedad con base en el trabajo, pero a diferencia de los anteriores, Olvera presenta un completo plan para regular la propiedad territorial. Su proyecto abarca los siguientes puntos: a) Establece que debe haber una extensión de propiedad; equivalente a lo que actualmente se denomina pequeña propiedad, su extensión no puede ser mayor ni menor, b) En caso de que hubiera un propietario con un excedente en su propiedad inmobiliaria, se debería aplicar una contribución sobre ese excedente, c) Los propietarios tienen la obligación de proporcionar agua y leña para el consumo de los pueblos circunvecinos, d) El gobierno debe iniciar un examen acucioso de la legalidad de los títulos de propiedad y e) establece el proyecto algunas limitaciones al derecho de propiedad.

18. Cuando se abordó el derecho a la libertad de trabajo en la sesión del 8 de agosto de 1856, el artículo 17 del proyecto estuvo redactado de la siguiente manera: "La libertad de ejercer cualquier género de industria, comercio o trabajo que sea útil y honesto, no puede ser coartada por la ley ni por la autoridad, ni por los particulares a título de propietarios"; se provocó un enfrentamiento entre los liberales que socializaron a la propiedad privada y los constituyentes como Arriaga, Ramírez y Olvera, que pretendieron limitar los abusos de los propietarios.

Pero además de este debate ya enunciado con anterioridad, este artículo fue el nacimiento de la discusión sobre la tarea de una Constitución en el campo social y económico. En el Constituyente de 1916-1917 habría de verificarse una discusión parecida a raíz del artículo 50 del proyecto, en donde se garantizaba la libertad de trabajo, pero que conduciría, a deficiencia de la de 1857, por fin a la aprobación de un artículo constitucional completo sobre las condiciones mínimas del trabajador. Este fue el rompimiento del esquema liberal de una Constitución.

Vallarta, al discutir el proyecto, estaba de acuerdo con las grandes injusticias hacia los jornaleros, pero en pleno liberalismo decimonónico, en un brillante discurso convencería a la Asamblea que "nuestra Constitución debe limitarse sólo a proclamar la libertad de trabajo, y no a descender a pormenores".

Efectivamente, según el pensamiento liberal que llegó incluso al Constituyente de 1916-1917 a través de Fernando Lizardi y José Natividad Macías, una Constitución es exclusivamente una ley orgánica de los poderes de gobierno, tiende sólo a establecer la forma de gobierno y a estructura a los tres poderes clásicos.

Sin embargo, este esquema no reconoce, como no lo hizo originalmente la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la consagración de los derechos del hombre, ni —por supuesto— los nuevos derechos sociales. Ya que según Vallarta, eso sería descender al detalle, cuando estas cuestiones debieran ser resueltas por los Congresos ordinarios a través de leyes reglamentarias.

El Constituyente de 1856-1857 se eximió de establecer en el texto constitucional una infinidad de cuestiones sociales y políticas por la autolimitación que se impuso, confiando que en el futuro, nuevos legisladores, incluso con mayores conocimientos, aprobaran leyes sapientísimas que complementarían la obra constitucional. Sin embargo, tal legislador ideal no llegó, pues a pesar de la gran capacidad de los legisladores por venir, no hubo la coyuntura ni la tranquilidad necesarias para legislar en las materias importantes, a pesar de que desde 1856 ya había consenso. Un ejemplo lo representan los trabajadores que, a pesar de su reconocida precariedad desde ese año, no se pudo hacer nada por ellos por guardar las formas legales de una teoría.

19. Finalmente, se aprobó el artículo 28 prohibiendo todo tipo de monopolios, incluyendo los de Estado, pues el liberalismo no podía aceptar el intervencionismo en la economía. José María Mata esclareció el sentido de que el artículo prohíbe los monopolios de derecho y no de hecho. Guillermo Prieto hace la observación de que los monopolios de acuñación de moneda y correos son monopolios estatales permitidos desde tiempos ancestrales y por todos los países. Posteriormente la doctrina aclararía que el concepto de "monopolios" a esas actividades es incorrecto y desde 1870 se les empieza a caracterizar como "servicios públicos".

El artículo 28 resultante en 1857 y que fuera el mismo hasta 1983 constituyó una expresión del libre mercado para beneficio de los consumidores; sin embargo, su equiparación entre el Estado y los particulares en las prácticas monopólicas, fue una camisa de fuerza para el

poder público que, con su creciente participación en la economía, se veía precisado a reformar expresamente la Constitución para incluir las crecientes actividades económicas del Estado.

III. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

20. El título de las constituciones de 1824 y 1857 es el de "Constitución Federal". En 1857 se tomó nuevamente la decisión del sistema federal porque el epíteto federal costó muchas vidas y produjo infinidad de debates parlamentarios y periodísticos.

En 1857 se tomó nuevamente la decisión del sistema federal porque ya habíamos experimentado el régimen de república central con nefastos resultados, llegando incluso a la dictadura y por dos ocasiones habíamos adoptado el federalismo, en 1824 y en 1847, tratándolo de depurar y evitando sus vicios como la vicepresidencia.

El sistema federal era compatible con el espíritu de libertades que se consagraba en 1857. Las libertades de los individuos tenían que ser compartidas por las provincias que desde 1823 reclamaban su autonomía y autarquía. No se puede elegir a sus propias autoridades, con residencia en su propio Estado y atribuciones exclusivas de su Estado. Había muchos siglos de desconfianza hacia el déspota de la ciudad de México; por lo que la indefinición de la forma de gobierno habida en el Plan de Ayutla y sus reformas fue subsanada en el Congreso Constituyente.

La antipatía hacia la ciudad de México que profesaron los constituyentes se hizo expresa el 16 de junio de 1856, cuando se propuso cambiar la residencia de los poderes federales y convirtió a la ciudad en el Estado del Valle de México. La ciudad representaba el pasado y el centralismo que precisamente la Constitución de 1857 pretendía acabar.

En el Congreso se propuso Querétaro, Celaya o Aguascalientes como nuevos Distritos Federales. Sin embargo, el principal argumento para desechar este cambio fue el hecho de que sería muy costoso el traslado así como el acondicionamiento de cualquiera de esas ciudades, por lo que con la reticencia del Constituyente se dejó a la ciudad de México como la capital federal, aunque dejó abierta la posibilidad de que en caso de cambiar de residencia, esta ciudad sería un Estado.

La tendencia de la Constitución de 1857 fue la de formar una Unión de Estados libres y soberanos, por lo que a diferencia de la Constitución de 1824, repudió la figura de los territorios federales. El 26

de noviembre de 1856 se afirmó que los territorios federales son rémoras y por ello, Colima y Tlaxcala se convirtieron en Estados, dejando sólo al lejano territorio de Baja California con ese carácter. Sin lugar a dudas influyó en el ánimo del Constituyente el hecho de que Baja California estaba muy cerca de la codicia territorial de los Estados Unidos y prefirió que su gobierno estuviera bajo el control estrecho del gobierno federal para repeler cualquier invasión. Lo mismo se propuso, aunque finalmente no se aprobaría, la instauración del Territorio de Tehuantepec, pues ya algunos proyectos extranjeros de comunicación transmérica hacían de ese territorio un blanco de pretensiones por intereses internacionales.

Porfirio Díaz traicionaría en su régimen esta tendencia del Constituyente de 1856-1857. El 12 de diciembre de 1884 instauraría el Territorio de Tepic y el 24 de noviembre de 1902 crearía el de Quintana Roo.

21. El federalismo de 1857 se enfrentó a una institución federal creada con la Constitución de 1824: el Senado. La segunda Cámara del Poder Legislativo, a semejanza del Senado en los Estados Unidos, fue creada con dos objetivos fundamentales: a) Introducir la moderación y revisión en el proceso legislativo y evitar la promulgación de malas leyes, aprobadas sin cautela y b) Representar igualitariamente a los Estados para compensar el peso político de los Estados poblados y ricos frente a los otros, despoblados y débiles.

Como el Congreso Constituyente pretendió hacer del Poder Legislativo el poder supremo, tenía que eliminar las barreras que en la práctica se había observado en su actividad legisferante. El Senado había bloqueado algunas iniciativas de los liberales en su experiencia de 1824 a 1853, por lo que la moderación esperada de esta Cámara había dado resultados y para su predominio, el Poder Legislativo tenía que ser desembarazado de esta segunda Cámara.

Los constituyentes de 1856-1857, más que legislación meditada, lo que buscaban era que efectivamente hubiera legislación pues, tal como se mencionó, lo que requerían era de reglamentación de muchas disposiciones constitucionales que dejarían inconclusas, así como reconocían la ausencia de códigos que hasta 1870 comenzarían a ser expedidos. Por ello, el valor de la legislación en 1857 era su rapidez y oportunidad, pues el país no podía seguir sin contar con sus leyes más indispensables como ocurría. Es notoria la diferencia entre ese ideal y el de 1824 que ante todo perseguía ponderación y serenidad.

Sólo desde esta perspectiva fue nocivo el Senado, ya que su función era precisamente acorde con el ideal de 1824, mas no con el de

la nueva Constitución de 1857, ya que dificultaría la expedición de las leyes. Esta causa suprimió a la Cámara federal.

Diez años pasaron y persuadieron a Benito Juárez que el Congreso de la Unión con una sola Cámara, la de diputados, no había sido condición suficiente para que se legislara en lo fundamental y se reglamentara la Constitución. Había pasado la dolorosa intervención francesa y en 1867 se lograba la reinstauración de la República pero sobre nuevas bases, por lo que Juárez hizo un llamado a la población para reformar la Constitución. Con su llamado popular para reinstaurar al Senado, Juárez estaba tocando una de las fibras sensibles del constitucionalismo mexicano, que era precisamente la reforma constitucional y su procedimiento. La Constitución de 1857, al igual que la vigente, no previó un procedimiento de referéndum para su reforma sino un procedimiento dificultado de reforma por el Congreso y las legislaturas de los estados. Pero Juárez decretó una convocatoria a elecciones en la que preguntaba al pueblo si apoyaba una serie de reformas que, al fin y al cabo, deseaban cambiar el sometimiento del Poder Ejecutivo hacia el Legislativo, implantando el veto así como la reestructuración del Congreso, creando nuevamente la segunda Cámara.

La justificación del Senado en esta convocatoria ya no fue la moderación, puesto que en el proyecto constitucional de Juárez no estaba el confiar enteramente en el Legislativo la facultad de redactar los proyectos de ley, sino la necesidad de una Cámara que, representando a las entidades federativas, se hiciera cargo de una serie de facultades políticas concernientes al orden constitucional de los propios estados y que no correspondía a ningún otro poder federal ejercer, por tener una representatividad popular y no de la entidad política del estado en cuestión. En este momento vemos al Senado como un órgano arbitral de cuestiones fundamentalmente políticas, que surgen en torno de la legitimidad de las autoridades estatales.

En la restauración de la República, las funciones del Congreso se vuelven más políticas en sentido estricto y menos legislativas, pues los proyectos de ley y códigos son elaborados por juristas y peritos en las materias dentro de comisiones nombradas por el Poder Ejecutivo y no en el seno del Congreso, donde el número y la lucha de los partidos ahí representados hacía muy tardado y difícil el acuerdo sobre un proyecto inicial.

La participación del Congreso ideada por Juárez era la de discutir un proyecto ya elaborado; es decir, el coincidir o disentir sobre una iniciativa presidencial. De esta manera se agilizaba la aprobación de

las leyes en el Congreso y se participaba intensamente por parte del Presidente dentro del proceso legislativo.

Resulta, en consecuencia, que el Senado propuesto por Juárez tiende a enfatizar su carácter de representante de los estados, más que aquel Senado original de 1824, cuyo objetivo veía más el proceso de creación de las leyes.

A pesar de que la iniciativa de reformas constitucionales provino del benemérito Juárez, triunfador de la causa republicana y constitucional, los grandes hombres del siglo XIX con principios políticos se enfrentaron y disintieron del proyecto, unos en su forma y otros en el fondo de las reformas.

Un olvido de tres años, demostrando su inconformidad, hizo que por parte del Congreso el proyecto jurista tuviera que ser recordado en 1870 y la discusión comenzara el 16 de abril de 1870 bajo la presidencia de Manuel Romero Rubio. Después en el periodo de 1872, 1873 y 1874. Coincidentemente, bajo la misma presidencia de Romero Rubio, se daba a conocer el 30 de octubre de 1874 la aprobación de las 27 legislaturas que hacían de las reformas iniciadas por Juárez y que ahora tendría que promulgar Sebastián Lerdo de Tejada, concluyendo así la reinstauración de la Cámara federal.

22. Este trabajo es una brevísima introducción a la Constitución de 1857. Los aspectos que se repasan en él sobre su génesis, discusión y repercusiones son tan sólo fragmentos de lo que representó en la historia política, económica y social de México, no sólo de la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del XX, sino que inicia los valores políticos que aún sustentamos, no tanto del liberalismo clásico sino del constitucionalismo, federalismo y presidencialismo.

La Constitución del 57 y sus reformas es la historia reciente de nuestro Derecho Constitucional. Se le llamó "traje de luces" alejado de la realidad, pero sus críticos no vieron el carácter programático que el Constituyente le imprimió: a pesar de la guerra de tres años, del Segundo Imperio y de los embates del porfirismo, la Constitución permaneció en el espíritu político del pueblo mexicano, y cuando volvió a la normalidad después de la primera revolución social del mundo de 1910, se le tomó como modelo y se le reformó en el aspecto social; las reticencias del Constituyente de 1856-1857 no se tuvieron con el de Querétaro, pero, en todo caso, hay que reconocer que todas las preocupaciones sociales que hacen grande a nuestra vigente Constitución de 1917, empezaron en 1856.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLAÑOS CACHO, Miguel, *Los derechos del hombre*, 1900.
- CASTILLO VELASCO, José, María, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, 1870.
- CORONADO, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*, Guadalajara, 1906, 3a. ed.
- CUEVA, Mario de la, "La Constitución del 5 de febrero de 1857", *El Constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, UNAM, 1957.
- GARCÍA, Genaro, *Manual de la Constitución Política Mexicana y Colección de leyes relativas*, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1897.
- GARCÍA GRANADOS, Ricardo, *La Constitución de 1857 y las leyes de reforma en México*, 1906.
- GARZA GALINDO, Agustín, *La independencia constitucional del poder legislativo y su dependencia económica del ejecutivo*, 1912.
- LICASTRO, José, *Introducción a los principios del Derecho Constitucional*, Imprenta de I. Cumplido, 1871.
- LOZA MACÍAS, Manuel, *El pensamiento económico y la Constitución de 1857*, Justicia Mexicana, 1959.
- LOZANO, Antonio de Jesús, *Agenda Constitucional Mexicana*, 1901.
- LOZANO, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio*, Imprenta del Comercio, de Dublán y Cía., 1876.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Derecho Público*, 4 tomos, Imprenta del Gobierno, 1871.
- , *Estudio sobre garantías individuales*, Imprenta del Gobierno, 1873.
- PÉREZ GALLARDO, Braulio, *Guía para consultar la Historia del Congreso Constituyente de 1856-1857 que escribió y publicó el señor don Francisco Zarco y las Actas del mismo Congreso*, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1878.
- RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estudio Constitucional*, 1906.
- , *La Constitución y la dictadura*, 1912.
- , *El juicio constitucional*, 1919.
- RODRÍGUEZ, Ramón, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., 1875.
- RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, 1902.
- TORRE, Juan de la, *Guía para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, Tip. J. V. Villada, México, 1886.
- VÁZQUEZ, Juan M., *Curso de Derecho Público*, Tipografía Literaria de F. Mata, 1879.
- VEGA, José de la, *Centenario de la Constitución 1857-1957*, México, D.F.
- VELASCO RUS, Luis y Manuel Ortega Espinosa, *Nociones elementales de derecho constitucional mexicano*, 1887.

NATURALEZA JURÍDICA Y DIFERENCIAS ENTRE LAS LLAMADAS COMISIONES INTERSECRETARIALES Y LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN CON COMPETENCIA FUNCIONAL PROPIA

Fauzi HAMDAN AMAD

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. Formas principales de la organización administrativa; sus características y diferencias. III. Las comisiones intersecretariales. IV. Organos de Administración con competencia funcional propia.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En la actual etapa de evolución del derecho el concepto de persona jurídica ya no debería ofrecer ningún problema, puesto que con tal término se alude a la posibilidad, reconocida por el derecho, para ser titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, por la circunstancia básicamente desarrollada por la filosofía cristiana y prácticamente por la totalidad del pensamiento jurídico moderno, el hecho de que invariablemente se haya planteado la posibilidad o más bien la exigencia de que el derecho reconozca necesariamente tal posibilidad a la persona individual como sujeto natural de imputación normativa, y también, paralelamente de que la casi totalidad de las legislaciones positivas de los países han reconocido a agrupaciones y colectividades distintas de la persona individual, como centro de imputación jurídica, se ha deducido un planteamiento equívoco de la cuestión, dando lugar con ello a que una parte de la doctrina ha pretendido o entendido explicar la personalidad jurídica de ciertas entidades y colectividades sobre la base de las semejanzas y analogías que ofrecen o guardan con la propia persona individual, por lo que a la vista de tal premisa el derecho no tendría más remedio que reconocer, como en el caso de la persona individual, la personalidad jurídica de tales entidades.

Hay autores, entre los que destaca Ferrara, que señalan que dichas posturas han influido de manera equivocada en el uso irrestricto de la palabra "persona". En efecto, la palabra persona indiscutiblemente, tiene un significado filosófico-social, pero también una acepción jurídica

y técnica. Conforme a este último criterio, persona es igual a sujeto de derechos y obligaciones, pero como casi siempre éste era el hombre, llegaron ambos términos, desafortunadamente, a identificarse y así se presentó la ardua, difícil y para algunos tratadistas casi insuperable tarea de proponer una teoría sobre la personalidad jurídica respecto de entes distintos de la persona individual.

Partiendo de los principios lógico-jurídicos, de corte eminentemente formalista e independientemente del sustrato ontológico que le pueda o no servir de fundamento, en mi opinión, como la de la mayoría de los tratadistas modernos de Derecho Público, una teoría de la personalidad jurídica debe construirse sobre los siguientes supuestos:

a) Las personas jurídicas, individuales o colectivas, tendrán tal carácter, y por ende gozarán de personalidad jurídica cuando el derecho positivo los considere como tales, en la inteligencia que tratándose de corporaciones, sociedades, asociaciones, instituciones o cualesquiera otra denominación que se utilice, la atribución del Estado de conferirles personalidad jurídica a tal clase de entes obedece necesariamente en razón de que tales entes representan un centro de intereses propio, articulado y vinculado hacia ciertos propósitos y fines según cada categoría de entes; y

b) Hay, empero, ciertos entes que el Estado les reconoce personalidad jurídica pero que no hacen referencia a un centro de intereses distinto de los del propio Estado, como son en la mayoría de los casos los organismos descentralizados, que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propios, pero que indiscutiblemente hay una coincidencia, plena y total, con los fines propios del Estado, formando parte integrante del mismo, pero que por razones de conveniencia técnica, especialización y eficacia en la actividad, se dota a tal clase de entes de personalidad jurídica para la mejor realización de alguna o algunas de las atribuciones conferidas por la ley suprema al Estado.

Con el advenimiento del Estado constitucional era necesario dotar al propio Estado del carácter de persona jurídica. Cuando dicha tesis surgió, en la primera mitad del siglo pasado, fue enérgicamente combatida por un sinnúmero de destacados juristas de la época, entre ellos Gerber, quien ya más adelante sería justamente su más decidido defensor. Es evidente, en la etapa actual la evolución de la ciencia política y de una de sus expresiones primarias fundamentales como es el Derecho Público, que al Estado había que otorgarle la categoría de persona jurídica ya que es él, quien a su vez, dentro de un régimen de estado de derecho, el único apto y facultado con fuerza legitimadora

para crear o reconocer los demás entes jurídicos, individuales o colectivos, sean privados o públicos.

Sea cual fuere la postura para explicar o justificar la personalidad jurídica del Estado (tesis organicista, la tesis de la ficción o la institucionalista), todas coinciden al menos de que darle al Estado el carácter de persona jurídica ofrece un sinnúmero de ventajas desde el punto de vista técnico-jurídico; entre otras, el problema de continuidad, la titularidad o imputación, como los formalistas lo denominan, de las relaciones patrimoniales entre el Estado y sus ciudadanos, e incluso como acertadamente afirma Gascón y Marín las acciones de responsabilidad civil del Estado. Desde luego, ya con mucho está superada la tesis de la doble personalidad del Estado, como sujeto de Derecho Público y como sujeto de Derecho Privado, cuya tesis sólo es comprensible en una etapa de la evolución histórica del mismo pero que hoy en día resulta totalmente innecesaria, ya que los actos del Estado se llevan a cabo en razón de las atribuciones que la norma suprema le confiere, por conducto de sus órganos.* En consecuencia, la personalidad del Estado es única expresada su voluntad a través de órganos y éstos a su vez expresan la voluntad del Estado por medio de personas individuales como titulares de tales órganos, sin que ello obste para que, además del propio Estado, existan otras personas jurídicas públicas creadas y reconocidas por ley, cuya explicación y justificación obedece al desenvolvimiento y crecimiento, en algunos casos desmesurado y desbordante, de las atribuciones que la ley suprema confiera al Estado. En efecto, el ejercicio de las atribuciones del Estado, divididas en competencias o funciones estatales, se ejerce por razón de división de trabajo y de equilibrio de fuerzas para lograr mayor eficacia en el ejercicio de tales funciones y competencias, por el propio Estado a través de sus órganos llamados primarios constitucionales (legislativo, ejecutivo y judicial) o bien, por entidades con personalidad jurídica que tienen a su cargo determinada actividad o función estatal, con competencia específica respecto de determinada actividad.

El ordenamiento positivo mexicano reconoce la existencia de una serie de personas jurídicas distintas del individuo. En efecto, en primer

* Entre la noción de órgano y la de representante hay una diferencia esencial. La calidad de representante puede derivar de la ley o de un acto jurídico; en cambio la calidad de órgano deriva de la propia constitución de la persona moral: integra la estructura de ésta y forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica. En la representación hay un vínculo jurídico entre dos sujetos de derecho: uno actúa en nombre del otro siendo su voluntad única y aglutinadora.

lugar, tenemos el Artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, que como norma de carácter general reconoce como personas jurídicas a la nación, estados y municipios; las demás corporaciones de carácter público reconocidas por ley; las sociedades civiles o mercantiles; los sindicatos; las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la Fracción XVI del Artículo 123 de la Constitución General de la República; las sociedades cooperativas y mutualistas y las asociaciones distintas a las antes mencionadas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o para cualquier otro fin lícito.

Además de dicho precepto de tipo general, en numerosas leyes se reconoce la personalidad jurídica a entidades determinadas. Así, por ejemplo, tenemos a la Ley Federal de Entidades Paraestatales, las diversas leyes orgánicas de instituciones de crédito y corporaciones educativas y culturales, la Ley de Cámaras de Comercio e Industria, la Ley Federal de Derechos de Autor, la Ley de Instituciones de Beneficencia Pública y Privada, la Ley de Sociedades Cooperativas etc.

Por otro lado, dentro de la multiplicidad de las personas jurídicas, se distinguen las llamadas personas jurídicas públicas de las privadas, siguiendo para ello diversos criterios como son los del fin que se propongan; la existencia de prerrogativas, de creación o de injerencia en las actividades o atribuciones del propio Estado o simplemente siguiendo el criterio de forma. No siendo el propósito de este estudio distinguir a ambas clases de personas jurídicas, simplemente se destaca que desde luego existen diferencias claras entre ambas categorías de entes jurídicos cuyos regímenes jurídicos son diferentes, sobre todo por lo que se refiere a su control, vigilancia y supervisión, sin que sea desde luego fácil en algunos casos delimitar con precisión la frontera entre un ente público y un ente privado.

II. FORMAS PRINCIPALES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA; SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS

Las formas de organización administrativa, admitidas en nuestro Derecho Positivo Mexicano, son la centralización, desconcentración y descentralización.

1. La centralización

En la organización centralizada la actividad administrativa se realiza directamente por el órgano u órganos centrales de manera coordinada

y dentro de una estructura jerárquica en cuya cúspide o cima se encuentra el Presidente de la República, como titular originario de la función administrativa. Los órganos que integran la organización centralizada federal son el propio Presidente de la República, los Secretarios de Estado, Jefes del Departamento Administrativo y el Procurador General de la República, a los cuales la doctrina los denomina como órganos administrativos primarios. Sujetos y subordinados jerárquicamente a tales órganos se encuentran los denominados órganos secundarios o unidades administrativas, como también se les conoce en el derecho mexicano, que corresponden a toda la estructura de organización de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos. Las características de la organización centralizada son las siguientes:

a) Los órganos se encuentran colocados jerárquicamente uno en relación al otro de modo que los órganos superiores gozan de los llamados poderes jerárquicos (nombramiento, mando, disciplinario, revisión y dirimir controversias de carácter competencial entre los propios órganos), existiendo relaciones jurídicas entre los órganos para mantener su unidad estructural.

b) Los órganos primarios son creados siempre por Ley del Congreso de la Unión, conforme a lo dispuesto por el Artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya ley determina el número de tales órganos primarios y distribuye entre los mismos la competencia que corresponde al órgano ejecutivo en la realización de su función administrativa (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal). Los órganos secundarios son creados por el propio titular del órgano ejecutivo a través de los llamados Reglamentos Interiores de cada una de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, condicionada su creación a que exista en el Presupuesto de Egresos de la Federación partida específica para cubrir las erogaciones correspondientes a tal órgano.

c) Los órganos que integran esta clase de organización centralizada, tal como ya se indicó en el primer apartado, carecen de personalidad jurídica propia y sólo son los conductos o canales a través de los cuales se expresa la voluntad del Estado dentro del ámbito funcional y competencial que la ley les confiere, de modo que el órgano constituye una esfera de competencia con la aptitud, capacidad y la facultad de llevar a cabo determinados actos dentro de los límites de su propia esfera de competencia atribuida por ley.

Dentro de las ventajas que se le atribuye a esta forma de organización, que cuenta con pocos simpatizantes hoy en día, está básicamente

la de permitir mantener la unidad de dirección o de criterio; pero esa supuesta eficacia desaparece, como lo ha demostrado la experiencia, si se incurre en el error, muy frecuente, de que los órganos primarios decidan todas las cuestiones, o al menos la mayor parte de ellas, privando así a los órganos secundarios y subordinados del poder, de iniciativa y decisión, siendo muy común en casi todos los Reglamentos Interiores de la organización centralizada la existencia de facultades competenciales concurrentes (entendida la concurrencia como la coincidencia competencial sobre la misma materia de los órganos superiores respecto de los órganos inferiores, y no en el sentido político-constitucional), de manera que dicha tendencia provoca lentitud y dilaciones en el quehacer mismo de la actividad administrativa.

La organización centralizada, conforme a las características esenciales antes indicadas, corresponde a lo que la Doctrina denomina centralización pura o perfecta pero, sin embargo, en la práctica mexicana como en la mayoría de los países del mundo tal clase de centralización sufre modalidades como respuesta ineludible para hacer frente a las múltiples tareas encomendadas al Estado a través de la función administrativa; una de las formas imperfectas, digámoslo así, de la centralización corresponde al tema objeto de este trabajo relativo a las comisiones intersecretariales y a los órganos de administración con competencia funcional propia, que si bien se encuentran encuadrados dentro de la organización centralizada, como más adelante lo demostraré, realizan actividades, en el primer caso, de coordinación entre los diversos órganos que tienen diferente competencia a fin de que sus actividades se complementen y evitar así interferencias o entorpecimientos en el devenir de la propia función de cada uno de tales órganos; en el segundo caso, la función resulta tan altamente especializada y técnica que, no obstante estar insertos dentro de la organización centralizada, tienen una competencia propia, distinta de los órganos centrales de los cuales dependen jerárquicamente, sujetos según cada caso de acuerdo con la ley que los crea a controles de revisión y aprobación de algunos de sus actos.

2. La desconcentración

La forma de organización desconcentrada está expresamente prevista en el Artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el cual señala que para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de la competencia de los órganos centrales podrán contar con órganos desconcentrados que les estarán jerárquica-

mente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia dentro de un ámbito territorial que se determine en cada caso.

En esta forma de organización los órganos desconcentrados carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios, tienen la misma competencia por materia que los órganos centrales que les es otorgada, normalmente, a través del Reglamento Interior de organización de cada Secretario de Estado y Departamento Administrativo, o bien, por Delegación de facultades de los órganos centrales, pero con la peculiaridad, muy importante, por cierto, que tal competencia la ejercen *dentro de una demarcación territorial específica*. En respuesta a los principios que informan la ciencia de la administración, que recomienda tal clase de organización para prestar de manera más eficaz y pronta las funciones y servicios encomendados, el derecho ha captado y estructurado normativamente dicha forma de organización en razón directa al aumento creciente de la población. Dichos órganos desconcentrados (por ejemplo las Delegaciones Políticas del Departamento del Distrito Federal, las Administraciones Tributarias Locales de la Tesorería del Distrito Federal, las Administraciones Fiscales Regionales, las Delegaciones de diversos Órganos Centrales en los diferentes lugares de la República Mexicana, etcétera), se encuentran jerárquicamente subordinados a los órganos centrales y sujetos desde luego a los poderes jerárquicos a que ya hice alusión sin que puedan, por razón de su propia naturaleza, ejercer una competencia, por razón de la materia, en exceso o más allá de la competencia de los órganos centrales. Las ventajas de esta forma de organización resultan evidentes por cuanto que tales órganos, en la esfera de su competencia, atienden a una población específica circunscrita en un territorio concreto, logrando de esta manera descongestionar las actividades administrativas. En nuestro sistema jurídico no existe ningún órgano desconcentrado federal creado por la ley, en tanto que por excepción sí existen órganos desconcentrados locales creados por ley como son las Delegaciones Políticas en el Distrito Federal conforme a la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal; en uno u otro caso, no es de la esencia del órgano desconcentrado si es creado o no por ley, sino que su competencia por materia sea igual o de menos contenido que la del órgano central ejerciéndola sobre un territorio específico y determinado, de modo que, técnicamente hablando, no puede hablarse de desconcentración cuando una Secretaría de Estado o Departamento Administrativo cuenta con un sinnúmero de oficinas localizadas en diferentes partes del territorio

para prestar o ejercer la misma función o servicio. En tal caso, siguen siendo órganos centrales con la ventaja de acceder los administrados a cualesquiera de tales oficinas a tramitar sus asuntos, pero técnicamente no tienen el carácter de órganos desconcentrados por el hecho o circunstancia de estar físicamente localizados fuera de las oficinas principales donde se encuentran los titulares de los órganos centrales. Así, por ejemplo, las diversas oficinas de tramitación de pasaportes de la Secretaría de Relaciones Exteriores que existen en diferentes partes de la República Mexicana, concretamente también en el Distrito Federal, no constituyen órganos desconcentrados pues les falta la nota esencial que caracteriza la desconcentración que es precisamente la competencia por territorio, esto es, que si tales oficinas tuvieran su competencia para tramitar los pasaportes dentro de determinada circunscripción territorial entonces sí serían auténticos órganos desconcentrados, pero a ellas pueden acudir los administradores a realizar sus trámites sea cual fuere el domicilio que tuvieran y, lógicamente, irán a la oficina que les sea más accesible, sin que ello obste de que pudieran hacer el trámite en cualquiera de tales oficinas. Consecuentemente, la multiplicidad o multiplicación de oficinas centrales, con misma competencia, no constituye una desconcentración desde el punto de vista jurídico, atento a lo dispuesto por el Artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Normalmente, aunque desde luego existen algunas excepciones, el órgano central que ha delegado su competencia por materia a un órgano desconcentrado carece de facultades y aptitud legal para ejercer, de manera concurrente con el órgano desconcentrado, la competencia delegada. Sin embargo, como los poderes jerárquicos de nombramiento, mando y revisión, primordialmente, los conservan los órganos centrales respecto a los órganos desconcentrados se logra la unidad de criterio, de acción y de coordinación traduciéndose con ello, al menos teóricamente, en una administración más eficiente y eficaz.

3. La descentralización

En la descentralización la actividad administrativa se lleva a cabo a través de entes, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dotados de competencia por materia ejerciéndola, en el ámbito material, en todo el territorio nacional, sin que ello sea obstáculo o impedimento, conforme a la ley o decreto que lo haya creado, para que a su vez tales entes descentralizados tengan órganos desconcentrados. En la

descentralización orgánica; en cambio, cuando tales entes tienen sus poderes jerárquicos, principalmente el de mando, sin perjuicio de conservar el de revisión. Cuando el ente descentralizado conforme a la ley o decreto que lo crea, prevé su forma de nombrar o designar a sus titulares careciendo los órganos centrales del poder de nombramiento se les denomina órganos descentralizados autárquicos, o bien, entes de descentralización orgánica; en cambio, cuando tales entes descentralizados quedan sujetos al poder de nombramiento por los órganos centrales se dice que se trata de simples entes de descentralización técnica. En nuestro sistema de derecho mexicano predominan en la mayoría absoluta de los casos ésta última categoría de entes conservando los órganos centrales el poder de nombramiento o designación de los titulares de dichos organismos; las excepciones que confirman la regla general son básicamente la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Metropolitana; en todos los demás casos de organismos descentralizados el poder de nombramiento lo ejercen los órganos centrales, por conducto del titular primario de la organización administrativa: el Presidente de la República.

Sin entrar, por no ser materia de este estudio, a la constitucionalidad o no de la facultad del titular del órgano ejecutivo para crear tal clase de entes jurídicos, cuya facultad se confiere, indistintamente, tanto al Congreso de la Unión como al titular del órgano ejecutivo conforme al Artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es importante subrayar que en la descentralización administrativa no existe una delegación de competencia del órgano ejecutivo a tales entes, sino que la autoridad investida para crear el ente descentralizado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándole sobre ella, de manera que se da una distribución de competencias entre tales entes, conforme a la ley o decreto que los crea, continuando dependiendo dichos entes de la organización estructural del órgano ejecutivo.

La descentralización administrativa cuenta con un buen número de ventajas pues permite una mejor adaptación del servicio a las necesidades de los interesados; permite igualmente atender los servicios sin sobrecargar o congestionar el trabajo de los órganos centrales y, por ende, se traduce en una gestión más rápida que en el sistema centralizado, además de que normalmente los entes descentralizados llevan a cabo actividades especializadas, principalmente de carácter técnico.

Obedeciendo a tales principios, sin que desde luego en nuestro sistema se haya logrado su maximización, la Ley Federal de Entidades

Paraestatales ha procurado conferir a los órganos descentralizados, junto con las llamadas Empresas de Participación Estatal Mayoritarias, que integran lo que en nuestro sistema se denomina la organización paraestatal, una cierta autonomía de gestión. Por lo reciente de dicha ley (1986) y a causa de los vicios que hemos venido arrastrando del pasado, todavía no se logra la plenitud de tal autonomía de gestión por las deficiencias de la propia ley,* y además por las prácticas a que venía siendo sometida la organización administrativa a pesar de los esfuerzos de depuración que no se han logrado erradicar del todo, como son duplicidad de funciones, exceso de controles y multiplicación de órganos de supervisión.

III. LAS COMISIONES INTERSECRETARIALES

El Artículo 21 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal prevé la existencia de las llamadas comisiones intersecretariales con el propósito de coordinar asuntos en que deban intervenir diversas Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos, pudiendo igualmente formar parte de tales comisiones las entidades de la Administración Pública Paraestatal (Organismos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal Mayoritarias y los Fideicomisos Públicos). Tales comisiones solamente pueden ser creadas por el Presidente de la República, que pueden tener el carácter de transitorias o permanentes.

La existencia de tal clase de comisiones obedece a la íntima y estrecha relación que tienen las diversas Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos en las diversas actividades de la función administrativa por razón de la competencia específica de cada una de ellas. Como parte segregada de la función, obliga a que los actos de cada una de las Secretarías y Departamentos Administrativos actúe de manera coordinada y complementaria para lograr el fin último de la ley que regula tales actos. Si no se previera la existencia de tal clase de comisiones, con diferentes criterios cada Secretaría o Departamento Administrativo ejercería su competencia pudiendo llegar, como sucede en muchos casos a pesar de la existencia de las comisiones, a dictarse resoluciones administrativas contrarias o contradictorias con las emanadas por otra Secretaría dentro de cuya competencia realiza actos estrechamente vinculados o relacionados con otra Dependencia.

* Ver mi estudio "Análisis de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales", *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, número 10, 1986.

Las características jurídicas, por razón de su naturaleza, de tales comisiones intersecretariales son las siguientes:

- a) Son órganos de la administración centralizada cuyas resoluciones tienen efectos meramente internos y, consecuentemente, las resoluciones adoptadas en las reuniones de tales comisiones no tienen trascendencia ni efectos jurídicos externos a los administrados;
- b) Se integran dos dos o más Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos o entes del Sector Paraestatal;
- c) Carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios;
- d) Tomadas las resoluciones en el seno de las comisiones conforme a la estructura de organización establecida por el Presidente de la República, cada uno de los miembros que la integra dicta las resoluciones con efectos externos dentro del ámbito de su competencia, sujetándose a los criterios adoptados en las resoluciones tomadas en dichas comisiones.

A partir del año de 1985 se inició un proceso de extinción de múltiples comisiones intersecretariales y, a la fecha, funcionan aproximadamente entre 30 y 35.

Normalmente las comisiones son presididas conforme al decreto que las crea por aquel titular de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que represente la mayor importancia dentro del ámbito competencial correspondiente al objeto que creó la comisión respectiva.

Hay algunas comisiones en que participan entidades privadas de interés público como algunas Cámaras de Comercio e Industria, con la peculiaridad que en tales casos dichos entes privados carecen de derecho de voto.

Entre las comisiones intersecretariales que podemos señalar, como ejemplo, destacan la Comisión de Publicaciones y Revistas; la Comisión Nacional Conmemorativa del V Centenario del Encuentro de dos Mundos; la Comisión Intersecretarial de Precios y Tarifas de los Bienes y Servicios de la Administración Pública Federal; la Comisión Nacional de Desarrollo General y Urbano; la Comisión Intersecretarial del Servicio Civil; la Comisión Intersecretarial de Gasto-Financiamiento; la Comisión Nacional de Desarrollo de las Franjas Fronterizas y Zonas Libres; la Comisión Intersecretarial para el Fomento de la Microindustria, la Comisión Nacional Forestal. etc.

Por último, tales comisiones intersecretariales carecen de partida presupuestal específica y de personal propio y exclusivo, sino que se integra con los servidores públicos de las diversas dependencias que forman tales comisiones.

IV. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN CON COMPETENCIA FUNCIONAL PROPIA

Dentro de la estructura de organización de la Administración Pública Federal existen ciertos órganos que, sin tener personalidad jurídica y patrimonio propios, ejercen una competencia propia y originaria por razón de la materia, insertos normalmente en un órgano primario de la Administración Pública (Secretaría de Estado o Departamento Administrativo) que recibe su competencia directamente por la ley que lo crea y estructura, y no por delegación de facultades de los órganos centrales; tienen normalmente funciones técnicas. Dentro de la clasificación de los órganos en razón de las facultades que gozan, tal categoría de órganos corresponde, en su mayor parte, a órganos de decisión y, por excepción al menos en el Derecho Mexicano, a órganos de consulta obligatoria.

Una parte de la Doctrina extranjera los denomina órganos de administración personalizada queriendo decir con ello que, no obstante no tener personalidad jurídica y patrimonio propios, gozan de autonomía en la realización de sus funciones teniendo competencia distinta de los órganos centrales o de cualesquiera otros entes públicos descentralizados. Tal categoría de órganos, en el Derecho Mexicano, reciben también el nombre de comisiones, quizá utilizando tal denominación siguiendo en parte la influencia del derecho anglosajón.

Las características principales de este tipo de órganos son las siguientes:

1. Invariablemente son creados por Ley del Congreso de la Unión.
2. Las facultades que les confiere la ley respectiva tienden a ser de naturaleza eminentemente técnica, bien sea en la materia financiera, bursátil, económica, social etc.
3. No tienen personalidad jurídica ni patrimonio propios.
4. Se encuentran insertos en la estructura de organización de alguna Secretaría de Estado, con la peculiaridad de que gozan de autonomía sin estar sujetos a los poderes jerárquicos de mando propiamente dichos, propios de la organización centralizada.
5. Todos los órganos de esta naturaleza son colegiados, cuyos miembros pertenecen a las diferentes ramas de la administración pública que de una manera directa o indirecta tienen relación con las funciones que a tales órganos les confiera la ley.
6. Gozan de facultades de decisión y de ejecución, en la mayoría de los casos, y por excepción algunos de ellos tienen el carácter de ór-

ganos de consulta obligatoria para las dependencias de la administración pública centralizada o paraestatal.

Entre los órganos de esta categoría se encuentran, entre otros, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la Comisión Nacional de Valores, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, la Comisión Asesora de Financiamientos Externos del Sector Público, etc.

Dichos órganos, desde luego, no pueden confundirse ni con los órganos desconcentrados ni con las comisiones intersecretariales.

A) Se distiguen de los órganos desconcentrados:

(i) Porque los órganos de administración personalizada reciben su competencia directamente de la ley en todos los casos y su competencia es distinta del órgano primario dentro del cual se encuentran insertos; en tanto que el órgano desconcentrado, tal como ya se indicó, está jerárquicamente subordinado a los órganos centrales, reciben su competencia por delegación y ejercen dicha competencia delegada dentro de una circunscripción territorial específica;

(ii) Asimismo, aun cuando no es de su esencia, normalmente los órganos desconcentrados son unipersonales, es decir, que su titular es un sólo servidor público en tanto que en los órganos de administración personalizada son órganos colegiados integrados por varios miembros; y

(iii) Los órganos de administración personalizada ejercen su competencia atribuida por ley en todo el territorio nacional y no se encuentran sujetos a los poderes de mando propios de la organización desconcentrada quedando supeditados, en algunos casos, a los poderes de revisión mediante actos de aprobación de la dependencia dentro de la cual se encuentran integrados, con propósitos de control y vigilancia.

B) Se distiguen de las comisiones intersecretariales:

(i) Como ya se indicó, las comisiones intersecretariales son creadas por el Presidente de la República, en tanto que los órganos de administración personalizada son creados por ley del Congreso de la Unión;

(ii) Por razón del ámbito o radio de aplicación de sus resoluciones, las dictadas por las comisiones intersecretariales son internas, en tanto que las emanadas por los órganos de administración personalizada son externas hacia los administrados;

(iii) Las comisiones intersecretariales, como tales, no tienen el carácter de autoridad por cuanto hace a las resoluciones dictadas en el seno de la comisión, en tanto que las resoluciones dictadas por los órganos de administración personalizada son actos de autoridad en la

mayoría de los casos, y en otros, en el ámbito interno constituyen órganos de consulta obligatoria (la Comisión Asesora en Financiamientos Externos del Sector Público);

(iv) Los órganos de administración personalizada tienen su personal propio asignado a dicho órgano de manera exclusiva y permanente en tanto que el de las comisiones intersecretariales los servidores públicos pertenecen a las diferentes dependencias o entidades que la integran.

Al menos en el Derecho Mexicano, las únicas características en común que tienen son que reciben el nombre de comisiones y no tienen personalidad jurídica propia.

Por vía de ejemplo, órganos de administración personalizada en nuestro sistema, tal como ya se mencionó en párrafos anteriores, se encuentran la Comisión Nacional Banacaria y de Seguros, regulada por la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito; la Comisión Nacional de Valores, regulada por la Ley del Mercado de Valores; la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, regulada por la Ley General de Bienes Nacionales; la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, regulada por la Ley Federal del Trabajo; la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, regulada por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera; la Comisión Asesora de Financiamientos Externos del Sector Público, regulada por la Ley General de Deuda Pública etc.

Como se aprecia de lo expuesto a lo largo de este estudio, ésta última categoría de órganos no encuadra de manera perfecta o pura ni en la organización centralizada ni en la organización desconcentrada ni tampoco en la descentralizada; corresponde a una forma de organización imperfecta y atípica por cuanto hace a los esquemas tradicionales de la organización administrativa, que cada día cobran mayor importancia por razón de las funciones que desarrollan dentro del ámbito de la Administración Pública Federal.

LA LÓGICA Y LA ÉTICA DEL ABOGADO ¹

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Lógica y el Derecho*. III. *Ética y Derecho*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

"El abogado es un charlatán, tramposo y chapucero que trata de endredar a sus clientes, al Juez y al adversario con un lenguaje ininteligible". Así se presenta ante nuestra sociedad a los miembros de nuestra noble profesión, encarnados en el "Licenciado Buitrón" en las pantallas de televisión.

Uno de los últimos directores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México expresa: "Los abogados que ostentan un cargo público son inmorales, venales, sobornables, son susceptibles de recibir dádivas para resolver una petición o dictar una sentencia a favor de quien más les da u otorgar un beneficio por dinero... los abogados litigantes engañan a sus clientes, los defraudan, compran a los funcionarios y distorsionan la verdad con tal de obtener el triunfo en algún negocio injusto... los profesores de la Facultad son "Barcos" y regalan a sus alumnos las calificaciones con tal de conservar su muy productiva Cátedra..."²

Desde antaño, el vulgo acuñó la frase "advocatus et non latro res miranda populo" (Abogado y no ladrón, digno es de admiración).

¿Falso? ¿Calumnia?

Hay que reconocer que existen abogados inmorales y carentes de toda lógica. Como en todas las profesiones, en la abogacía se encuentran personas que abusan de la actividad que desempeñan.

Conferencia presentada a los miembros de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa en la Ciudad de Morelia, Mich., el 15 de septiembre de 1988.

¹ Debo aclarar que el presente trabajo ha sido elaborado tomando diversas ideas del doctor Salomón Rahaim, S. J. expuestas en sus obras "Compendio de Filosofía" y "Sexo, Uso y Abuso"; así como del doctor Miguel Villoro Toranzo contenidas en sus obras "Lecciones de Filosofía del Derecho" y "Deontología Jurídica".

² Citado por Villoro Toranzo en "Deontología Jurídica", p. 9.

Pero afortunadamente, las excepciones no son pocas (entre las cuales nos incluimos *todos* los presentes, ¡por supuesto!).

Es decepcionante constatar que en la mayoría de las escuelas de derecho no exista una Cátedra de Deontología Jurídica. ¿Hasta qué punto podemos quejarnos del bajo nivel intelectual y moral del abogado, si no le enseñamos en nuestras escuelas los principios que rigen el pensamiento humano y los que regulan la recta conducta del hombre y del profesional?

De aquí la importancia de esta convivencia para dialogar sobre la íntima relación que existe entre la lógica —la ética— y el derecho.

II. LA LÓGICA Y EL DERECHO

Sin pretender exponer un curso de lógica, veamos cuáles son sus elementos fundamentales y cómo se proyectan en el derecho.

La lógica o filosofía del razonar, es la ciencia de los actos de la mente en orden a descubrir la verdad.

Las operaciones de la mente son la idea o simple aprehensión, el juicio y el raciocinio. El entendimiento o ve simplemente —simple aprehensión— o establece una comparación para ver sin necesidad de medio alguno —juicio— o ha de recurrir a un medio para lograr ver lo que indaga —raciocinio—.

La idea o simple aprehensión es la operación con que la mente produce en sí la semejanza o expresión de una cosa. Así, tenemos la idea de Código, de Ley, de Derecho, de Juez, de Justicia.

El juicio es un acto por el cual el entendimiento afirma o niega algo de algún objeto. Así por ejemplo, afirmamos que la voluntad de las partes es la Suprema Ley de los contratos; las obligaciones deben cumplirse, la justicia debe administrarse; y negamos: la arbitrariedad no debe imperar, no debe castigarse al inocente, etcétera.

El raciocinio es la operación intelectual por la cual, mediante la comparación de dos ideas con una tercera, conocemos la identidad o diversidad de aquellas entre sí.

El signo del raciocinio es la argumentación o sea "una oración gramatical que deduce una proposición de otras" y la argumentación simple y completa se llama Silogismo y se define "Una argumentación que consta de tres proposiciones trabadas de tal suerte, que asentadas las dos primeras, la tercera se nos impone necesariamente".

Por ejemplo:

Todo el que compra un objeto, debe pagar su precio;

Juan Pérez compra un automóvil;
Juan Pérez debe pagar el precio del automóvil.
Todo hombre que tenga un hijo, debe alimentarlo;

Juan Pérez tiene un hijo;
Juan Pérez debe alimentar a su hijo.

Las argumentaciones distintas del silogismo: el *Entimema*, que omite una de las premisas:

Juan Pérez compró un automóvil;
Luego debe pagarlo.

(se omite la premisa mayor - el que compra un automóvil debe pagarlo).

El *Dilema* es la argumentación compuesta, en que se abre una disyunción y de cualquiera de las dos partes se hace ver al adversario o que se sigue un absurdo o se saca una conclusión verdadera:

Cuando a una autoridad le solicitamos su intervención y ni nos la otorga ni la niega, sino la demora, podemos argumentarle:

O lo que te pido es legal o ilegal;
si es legal concédemelo;
si es ilegal, demuéstremelo;
pero en todo caso contéstame.

La estructura de la norma jurídica, así como su aplicación entrañan los principios elementales de la lógica.

En efecto, la norma jurídica es una regla de conducta obligatoria que atribuye a un supuesto normativo una consecuencia de derecho.

El supuesto normativo, es la hipótesis de cuya realización se siguen necesarias e indefectiblemente las consecuencias de derecho; y éstas son los derechos y obligaciones que se crean, transmiten, modifican o extinguen, ante la realización del supuesto normativo.

Verbi gratia:

El que tiene una obligación debe cumplirla;
Tener una obligación: supuesto normativo;
Debe cumplirla: consecuencia de derecho.

Pero como el derecho es vida, es casuismo; como el derecho regula conductas humanas y no vive etéreo en las nubes, la norma de referencia proyectada a la vida real se traduce en la siguiente forma:

El que tiene una obligación debe cumplirla.
Juan Pérez tiene una obligación (de dar alimentos a su hijo).

En consecuencia, Juan Pérez debe cumplir la obligación de dar alimentos a su hijo.

Todo el derecho está imbuido en la lógica o arte de pensar: la norma jurídica nace como un "ordenamiento de la razón"; y se aplica al destinatario a través de un juicio proyectado en forma de silogismo.

Abogado que no piensa, que no tiene ideas, que no formula juicios y no estructura silogismos, no puede llamarse abogado y apenas si podría llamarse ser humano, toda vez que el hombre es un *animal racional*, un ser pensante.

Todos los abogados *juzgamos* las conductas humanas, de justas o de justicia, de bien común, de legislador, de Juez, de sanción.

Todos los abogados *juzgamos* las conductas humanas, de justas o injustas, de legales o ilegales, de constitucionales o inconstitucionales.

Todos los abogados formulamos *silogismos* cuando preparamos un contrato, cuando rendimos un dictamen, cuando elaboramos una demanda, cuando exponemos los agravios en una apelación, cuando expresamos los conceptos de violación en un amparo.

En efecto, cuando al abogado de empresa se le solicita una opinión jurídica sobre la celebración de un negocio jurídico, el abogado trabaja con la idea de legalidad e ilegalidad; emite un juicio sobre la legalidad del negocio jurídico que se le plantea y formula un silogismo en su dictamen, en la siguiente forma:

Es legal lo que se adecúa a la Ley;

El negocio que pretende celebrar mi cliente se adecúa a la Ley;

En consecuencia, dicho negocio es legal y por ello puede celebrarse.

El juzgador en un litigio, emite un juicio absolutorio, condenatorio, constitutivo o declarativo, recurriendo a un silogismo, en el cual la premisa mayor es la norma; la premisa menor es la conducta objeto del litigio y la conclusión es la decisión jurisdiccional.

Y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la tesis jurisprudencial³ de que los conceptos de violación deben expresarse en forma de silogismo (lo cual en el fondo *mutatis*, se aplica a los agravios en la apelación).

³ Amparo en revisión 916/1972. Buenaventura Leal Martínez. Febrero 27 de 1973. Unanimidad de 20 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Aguilar Álvarez. Pleno Séptima Época, vol. 50, primera parte, p. 18.

704-I. Conceptos de violación. Requisitos lógicos y jurídicos que deben reunir. El concepto de violación debe ser la relación razonada que el quejoso ha de establecer entre los actos desplegados por las autoridades responsables y los derechos fundamentales que estime violados, demostrando jurídicamente la contravención de éstos y por dichos actos, expresando, en el caso, por qué la ley impugnada, en los preceptos citados, conculca sus derechos públicos individuales. *Por tanto, el concepto de violación debe ser un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor los preceptos constitucionales que se estiman infringidos; la premisa menor los actos reclamados y la conclusión la contrariedad entre ambas premisas.*

Es evidente entonces, que la lógica y el derecho están íntimamente unidos, al grado que el derecho adopta para su expresión, la estructura de la lógica, sin que esto nos permita concluir que el derecho se reduce a una mera estructura lógica, como lo han pretendido las escuelas formalistas del derecho. Por ello es oportuno pasar ahora a las relaciones entre la ética y el derecho.

III. ÉTICA Y DERECHO

La Ética o Filosofía moral es la "ciencia filosófica que trata de la rectitud (bondad o malicia) de los actos humanos".

¿Puede el hombre objetivamente conocer qué es el bien y qué es el mal, qué es un acto bueno y qué es un acto malo, qué es un acto lícito y qué es un acto ilícito, o tales criterios quedarán al arbitrio de cada uno?

En este punto sigamos la exposición del brillante filósofo Salomón Rahaim,⁴ que explica.

"En todos los seres que integran el mundo se da en la realidad algo que les es conveniente, algo que, por el contrario, les es adverso. Así a las plantas y a los animales les conviene el alimento, les daña el fuego que los quema. Igualmente verdadero y real es que no a todos conviene o daña una misma cosa por igual. Así, el azúcar aprovecha a un sano, dañará a un diabético. El arsénico dañará a un sano, curará a un enfermo. Es preciso ver qué conviene a cada clase de seres, a cada ser. Habrá cosas que aprovechen a todos los seres de una misma clase y que a los de la otra les dañen. Estar sumergidos en el mar aprovechará a los peces, dañará a los elefantes. De todo ello sacamos la primera noción que nos importa: bueno y bien se llama

⁴ "Sexo, Uso y Abuso", pp. 54 y ss.

a lo que conviene a un ser; lo que le es adverso se llama malo, eso es su mal. Bien y mal dicen conveniencia o inconveniencia respecto de un ser. Y conforme a lo que es cada ser, a su naturaleza, será lo que le sirva o le dañe.

En este mundo visible hay un ser que engloba las características de los demás seres y los supera a todos; el hombre. Con las plantas tiene vida vegetativa, con los animales, sensitiva. Pero a unos y a otros supera por la inteligencia y la libertad. Sólo el hombre es capaz de raciocinar, y por ello de progresar. Sólo el hombre es libre, independiente en su obrar. Por eso, sólo al hombre se le dictan leyes para que obedezca y se le sanciona según las guarde o las viole. Sería ridículo expedir una ley que ordenara a los perros que no ladren o a los asnos que caminen por la izquierda.

Si cada ser tiene algo que le conviene y algo que no le conviene ocurre la pregunta: al hombre en su calidad de inteligente y libre, al hombre como hombre, ¿también hay algo que le convenga, algo que le sea contrario? Desde luego se puede responder que a todo ser y a sus propias cualidades, a su naturaleza misma, habrá cosas que le sean favorables y cosas que le sean adversas. Lo que a la actividad libre del hombre, ilustrada por la razón, le convenga, habrá también que designarlo con un nombre especial, propio, ya que el nombre sirve para designar cada cosa. ("Nomen a notamine" "el nombre denota" dijo S. Isidoro).

Que hay una actividad del hombre en cuanto que es un ser libre y señor de sus acciones, no hay quien lo discuta sanamente. La conciencia nos dice que actuamos, hablamos, nos movemos con libertad. Aun para negar la libertad la ponemos en acción, la negamos libremente, no por un movimiento impuesto o irreprímible. El hombre es capaz de conocer el bien y el mal y no está encadenado a un extremo, y elige sus fines, sus caminos. Tiene el dominio de sus acciones. Tiene algunas (muchas) acciones libres. Pues bien: a esas acciones que van marcadas con el sello de la libertad se les llama "acciones morales", a este reino se le llama el ámbito de la moralidad. Aquí la designación de "bueno" o "malo" no es igual al sentido enfocado desde otros ángulos. Aclaro: un puñetazo o un balazo con que mate a un hombre, desde el punto de vista del pugilato o del tiro al blanco podrán ser buenos, perfectos; pero todo mundo ve que es cuestión bien diversa la pregunta de si un puñetazo o balazo fueron buenos o malos moralmente hablando. Queda, pues, asentado, que la bondad o malicia o indiferencia moral se refiere a los actos del hombre en cuanto libres y en cuanto marcados por el sello de la libre de-

terminación; en cuanto alineados hacia un fin marcado por su misma condición de criatura, pero libre. Criatura; o sería: un ser dependiente del Autor de la naturaleza. Libre, o sea: que tiene en su mano la determinación de sus actos, el dominio, la elección, la opción en ellos. Tiene en su mano el optar, decidirse a sí mismo por uno de los extremos".

"Si es un mito la *libertad* de la voluntad, se comprende el absurdo de entusiasmarse con los padres de la patria, y con los caudillos, y la necedad de los elogios a los héroes, de las estatuas erigidas a los próceres. Padres de la patria, caudillos, generales, héroes, próceres, santos, si no existe la libertad de la voluntad, no han tenido más remedio que hacer lo que hicieron. Los más grandes hombres, son lo *mismísimo* que los más grandes criminales, no han hecho sino lo que férrea y necesariamente tenían que hacer".⁵

"Tenemos, pues, hasta aquí: moralidad es la cualidad que tienen las acciones humanas, las propias del hombre, las específicas, en cuanto que proceden de la libre voluntad y con miras a su fin último. A eso llaman los hombres moralidad. Son buenos o malos mis actos libres, morales según que convengan o no a mi naturaleza de ser libre y en cuanto libre.

No hay quien no admita la moralidad entre los hombres. Todo el mundo admite leyes de tráfico, se condena el robo ("el capital es un robo" dice el comunista, condenándolo). Se dan leyes y sanciones. Nada de eso tendría sentido si no se admitiera el ser moral, la moralidad en las acciones. Esas no son leyes de física, son leyes morales. Por eso se sancionan la trasgresión o la observancia, más aún: dondequiera que se admita que el hombre es capaz de moralidad, buena o mala, que hay hombres buenos y malos; se admite la moralidad en las acciones libres. Eso está fuera de duda. Pero surge ahora la cuestión: ¿Cómo averiguar lo que sea bueno o lo que sea malo? Eso es lo que pasamos a examinar.

Demostrado ya que sí tiene que haber actos buenos y malos moralmente hablando, cosa que todos los hombres admiten, aunque luego discrepen respecto de cuál es malo, preguntamos ahora: ¿Puede llegar a saberse qué es el bien moral o el mal moral? ¿Cuáles son actos buenos, cuáles malos? ¿Cómo averiguarlo, puesto que se observa que lo que unos llaman bueno otros lo llaman malo o indiferente?

No hay autor que hable sobre moralidad, que no admita que sí hay modo de aclararlo. Unos señalarán un medio, otros otro; pero si ad-

⁵ Laburu citado por Preciado Hernández en "Lecciones de Filosofía del Derecho", p. 189.

miten la moralidad en la especie humana; si admiten que hay acciones buenas o malas, por ello mismo tienen que admitir que hay algún punto de referencia conforme al cual se llamarán buenas o malas, esto es: admiten que hay algún medio de distinguir lo bueno de lo malo, en el terreno de lo moral. ¿Cuál debe ser ese punto de referencia, cuál es el medio para distinguir lo bueno de lo malo?

No parece muy difícil dilucidar esta cuestión. En efecto: ¿cómo sabemos si una cosa es buena o mala en general, no precisamente en el terreno de la moralidad? ¿Cómo sé por ejemplo si el fuego es bueno o malo para las plantas o para los animales? ¿Cómo sé si para los peces o para los elefantes es bueno o malo estar sumergido en el agua del mar? Sencillamente; veo si esto o lo otro le conviene a su naturaleza. Pues lo mismo debo proceder en lo que llamamos bien específico del hombre, el bien moral, ya que lo moral es lo que abarca la actividad libre, la propia del hombre. El bien moral será lo que al hombre, en cuanto libre, le convenga hacer o evitar porque aquello vaya conforme, o, al contrario, dañe, sea adverso a su naturaleza de animal-racional-social. En efecto: ¿Qué es el hombre? Creo que nadie pondrá en tela de juicio que es animal racional y social. O tenemos eso, o no tenemos un hombre. Un paso más: ¿Qué será, pues, bueno desde el punto de vista de la moralidad (campo de acciones libres del hombre?). Lo que, partiendo de una determinación libre, convenga a la naturaleza del animal racional y social. Malo, lo contrario. ¿Y no hay modo de saber qué le conviene así? Claro que sí lo hay. Mientras no deje de ser "animal-racional-social", habrá cosas que sí serán convenientes a uno que tiene esa naturaleza, y otras que le serán adversas. Podrán variar mil circunstancias. Mientras no cambie radicalmente lo que es el hombre (su naturaleza), esas cosas, cierta clase de acciones, no podrán menos de estar acordes, o ser contrarias, a lo que conviene, cuadra, a esa naturaleza. Así por ejemplo, mientras haya hombres y sean hombres, esto es, animales racionales y sociales, serán adversas a la naturaleza humana, acciones tales como el robo, la embriaguez o la drogadicción que van contra su naturaleza de animal racional y social. Cuando tales actos dependen de una voluntad libre, están en el terreno de la moralidad, y en ese terreno, poner un acto libre que daña a la naturaleza, será un acto moral malo, malo, en el terreno de la moralidad.

La ley física, que rige a las criaturas no dotadas de razón, tiene su correspondiente en la ley moral para las criaturas racionales. Las irracionales no son libres; su naturaleza las lleva a sus fines con leyes

físicas; el hombre, racional inteligente, y, en consecuencia, libre, se guía por medio de la ley moral.

La Ley moral le marca el camino recto; pero no le destruye su ser libre, le deja en la capacidad de merecer y desmerecer, de observar o de violar el recto orden, elegir el bien o el mal. Pero eso no quiere decir que no tenga una ley. La naturaleza humana señala lo que es conveniente para el hombre según la totalidad de su ser: como animal-racional-libre-social. Dentro de eso bueno ve que algunas son cosas de bien necesario. Entonces no puede menos de intervenir la naturaleza del hombre, exige que el hombre abrace lo que es necesario bien, sella con un precepto positivo lo bueno-necesario. Ve también lo que es malo para el hombre como animal-racional-libre-social, y lo rechaza mediante un precepto negativo.

Pero hay cosas tales (esto es: bienes necesarios o males) para todos cuantos tengan la naturaleza humana, y ella misma los marca con un precepto positivo o negativo que afectará a cuantos estén dotados de dicha naturaleza; mandato o prohibición para todo hombre. Nos encontramos así frente a la ley natural y su origen. Ley natural: trazo recto de la razón divina, impreso en la criatura racional y que manda observar el orden natural o prohíbe violarlo (S.Th 1,2,9,1,2.; S. Agustín, Ciudad de Dios, 19,15).

Por ejemplo: la Naturaleza-racional-social no puede menos de prohibir la embriaguez que va contra el expedito uso de la razón en el animal racional; no puede menos de prohibir el robo (contra la naturaleza social); la calumnia, el fraude, el asesinato. Ni puede menos de mandar el amor y respeto al Ser Supremo, a los padres, la ayuda al necesitado, guardar la palabra dada. Son meros ejemplos, y universalmente admitidos, de la Ley natural.

Esta cualidad de actos buenos o malos por su misma naturaleza, y el hecho de que hay algunas acciones mandadas y otras prohibidas por una Ley superior, independiente de los vaivenes y arbitrio del capricho de los hombres, lo confirma la voz de la humanidad, que en todos los siglos ha tenido por malo, v.gr., el quitar la vida a un inocente sin más razón que el capricho, o la violencia inferida a una virgen sólo por saciar una pasión, el abuso de la fuerza sobre los débiles, la explotación de los necesitados, etcétera.

En verdad: algo puede convenir al hombre visto sólo en una porción o aspecto de su ser; pero no convenirle en su ser integralmente considerado. Aclaremos con ejemplos:

a) *En su aspecto meramente vegetativo.* Pudiera ser que en este aspecto, una acción, por ejemplo la selección racial, conviniera, qui-

zās, a este ser que vegeta-siente-piensa-y-libremente-quiere. Piénsese tan sólo en lo que Hitler procuró hacer con tal intento aun a base de vasectomías: ya llevaba practicadas 56.244 entre julio 14 de 1933 (en que expidió la ley "para prevenir descendencia enferma") y diciembre 31 de 1934. Eso, pudiera ser útil al género humano en su aspecto vegetativo. Pero para el hombre, persona libre, y ser sujeto a principios morales, tal abuso es inadmisibles. Aun en el caso de que el paciente la aceptase, tal mutilación es viciosa en seres libres y racionales. No hay derecho a mutilar a una persona para mejorar la raza. Ni somos plantas, ni animales; somos personas, somos seres racionales, *administradores*, no dueños absolutos, de lo que se nos dio; somos personas con derechos y deberes individuales y no meras piezas en la máquina social.

b) *En el orden puramente sensitivo* pudiera ser que a uno le convenga ("se siente bien"), el drogarse, embriagarse, dormir todo el día, violar a todas las mujeres que físicamente pudiera; sí, puede ser que a su ser *sensitivo* todo eso le "viniera bien". Pero su moral, animal-racional-y-social, exige otra cosa. Sus actos libres con que desarrolla su vida sensitiva, como también su vida vegetativa tienen que ir sujetos a la razón y no ser opuestos a lo que dicte esa razón, conforme a la cual debe gobernar toda su actividad libre.

Una sencilla reflexión sobre lo ya demostrado nos pone de manifiesto cuál será el punto de referencia, el canon, la norma por donde se mida lo que es bueno o malo moralmente hablando, cuál es el parámetro que sirva para determinar la bondad o malicia de nuestros actos libres. Si bueno es lo que conviene a la naturaleza de un ser, en el caso del animal-racional-social-será bueno (o malo, respectivamente) lo que en el campo de nuestra actividad libre convenga (o repugne respectivamente) a ese ser: quiere decir que, puesto que bueno es lo que a ese ser, a esa naturaleza le conviene y malo lo que le es contrario, esa naturaleza es el punto de referencia, el que fija la bondad o malicia, la norma de la malicia o bondad de los actos libres, de la moralidad en el hombre, en el ser que no puede menos de ser animal-racional-social. Si una acción es tal que a esa naturaleza se ajuste, le convenga, esa acción será buena; mala si lo contrario. Norma, pues, de la bondad o malicia moral es la naturaleza humana integralmente considerada: animal-racional-social-creado. Esas son notas inherentes a todo hombre sin distinción de raza, tiempo, lugar, credo".

En síntesis. "Por el testimonio de la conciencia psicológica consta: 1) que discernimos entre el bien y el mal; 2) juzgamos que debemos

evitar el mal y hacer el bien, que unas cosas nos son lícitas y otras prohibidas, unas permitidas y aun mandadas y otras prohibidas; 3) por el testimonio de la conciencia moral nos sentimos dignos de vituperio y aun castigo, o al contrario de premio según que quebrantemos o guardemos ciertos cánones, hagamos u omitamos ciertas acciones: finalmente 4) todo eso lo llevamos por naturaleza en nosotros, no por magisterio ajeno, sino desde que tenemos uso de razón. Es así que todo eso no es sino la Ley natural. Luego existe".⁶

Y el Filósofo-Jurista Don Rafael Preciado Hernández expone:⁷

"Las verdades morales tienen (así) un fundamento real, están fincadas en el ser, en la naturaleza de las cosas, en el orden ontológico según el cual cada ser tiene un fin propio y a la vez ocupa determinado puesto en el cosmos; esas verdades no son meros productos convencionales que varíen con las épocas o de un lugar a otro. Siempre serán condenados por la ética, el asesinato, el adulterio, el robo, la mentira, el suicidio como malos; porque implican en cierta medida privaciones del ser; el asesino priva de la vida a su semejante, suprime su ser biológico; el adúltero dispone de una mujer que no le pertenece, que forma con su marido la unidad básica ("Dos en una misma carne") de una familia, destruye o cuando menos relaja esa unidad y el propio ser de la familia: el ladrón reduce el patrimonio de una persona, la unidad de bienes estimables en dinero afecta a la voluntad de su dueño; el mentiroso atenta contra el ser de la sociedad que no podría existir no obstante ser necesaria al hombre y estar así vinculada a su estructura ontológica, si los hombres no procederan a base de veracidad en sus relaciones, aparte de que priva al lenguaje de su fin propio, de su función específica, que consiste precisamente en ser vehículo fiel para la transmisión del pensamiento; y el suicida se priva de su ser corporal y al mismo tiempo priva de uno de sus miembros a las sociedades y comunidades a que pertenece".

El Jus-filósofo Villoro-Toranzo, a la pregunta que nos hemos formulado, contesta:⁸

"Todos deseamos lo mejor para nosotros mismos y sabemos, explícita o implícitamente, que lo mejor no puede ser más que desarrollarnos de acuerdo con nuestra naturaleza racional y libre, o, en otras palabras, desarrollarnos moralmente. Nadie se escapa del todo, al peso de esta responsabilidad. Allí está nuestra conciencia moral para re-

⁶ Rahaim: tesis 53 del Compendio de Filosofía.

⁷ Preciado Hernández O. C., pp. 204-205.

⁸ Villoro Toranzo, "Deontología Jurídica", p. 123.

cordarla, urgiéndonos a progresar de acuerdo con nuestra naturaleza racional y libre.

En otras palabras, el hombre es situado por su propia naturaleza en la disyuntiva de o desarrollarse plenamente como hombre o de negarse a sí mismo y convertirse en bestia o, peor aún (pues las bestias carecen de razón y libertad), caer más abajo que las bestias. "La naturaleza misma del hombre le ata, pues, a la ley moral en cuanto ley de su ser plenamente real".

"¿Se puede especificar en qué consiste ese desarrollo moral que se impone a toda persona? Johannes Messner nos da una excelente respuesta: "La conciencia moral de la gente formada no parece dejar hoy duda de que los fines esenciales del hombre, donde hay que buscar la esencia y a la vez el criterio de moralidad son: la autoconservación, incluyendo la integridad corporal y la estimación social (honor personal); el autoperfeccionamiento desde el punto de vista físico y espiritual, incluyendo el desarrollo de las capacidades para el mejoramiento de sus condiciones vitales, así como la preocupación por el bienestar económico y la seguridad de las propiedades o los ingresos necesarios; la ampliación de la experiencia, del saber y del perfeccionamiento, mediante el mundo de los valores espirituales; la procreación por pareja y la educación de la prole; la benevolente participación en el bienestar material y espiritual del prójimo en cuanto dotado de la misma esencia humana; la unión social con vistas a la utilidad social, que consiste, ante todo, en la seguridad de paz y orden, en la posibilidad del bienestar material y cultural de la comunidad, así como en el fomento del conocimiento y dominación de las fuerzas de la naturaleza para este fin; la consecución de un conocimiento seguro de su posición en el mundo como universo y de su destino definitivo y, en conexión con esto el conocimiento y la adoración del Creador".

Para lograr estos bienes del desarrollo moral, el ser humano necesita reglas, es decir directrices racionales que le vayan orientando en las diversas circunstancias en que se va encontrando. Porque el hombre quiere y necesita plasmar su desarrollo de manera racional.

Villoro Toranzo suscita la siguiente cuestión:⁹

"¿Podemos plantear la posibilidad de una moral atea? No nos referimos a la cuestión de hecho, pues podemos admitir sin dificultad que hay personas que, profesando el ateísmo, viven vidas perfectamente morales. Tampoco estamos planteando la cuestión de si, para encontrar una solución moral, es necesario referirse explícitamente a

⁹ Villoro Toranzo, "Deontología Jurídica", p. 129.

Dios. Es claro que muchas cuestiones morales se resuelven sin referencia explícita a los últimos fundamentos de la moralidad. *Estamos planteando una cuestión de coherencia filosófica*. Dicho de otra manera: esos ateos de buena fe, a los que podemos admirar por la rectitud de sus vidas, ¿son consecuentes consigo mismos? *No se trata de una acusación, sino de una cuestión de coherencia*. Por otra parte, no nos debemos extrañar de esa inconsecuencia, si llega a aparecer. *Las vidas humanas están plagadas de inconsecuencias*. Si los hombres fuéramos verdaderamente consecuentes con los ideales que profesamos, todos seríamos héroes y santos. Pues bien, a la pregunta de si es posible en lógica una Moral atea, yo creo que hay que contestar con Dostoievski: "si Dios no existe, todo está permitido". José Luis L. Aranguren desarrolla así la misma idea: "El 'ateísmo ético' se reduce a sí mismo al absurdo y, si es consecuente, tiene que desembocar en el derrocamiento nietzscheano de la moral, en el inmoralismo de André Gide, en la Filosofía de Sartre, en el nihilismo que denuncia Heidegger como signo de nuestro tiempo... La actitud ética separada termine en el absurdo, pasando previamente por el ateísmo ético. Pero su raíz se encuentra en el racionalismo. El ateísmo es un producto racionalista, una simplificación racionalista de la realidad... El ateísmo es un producto racionalista porque está separado de la vida real".

En consecuencia, de lo anterior resulta evidente que el ser humano carece de un criterio sólido de rectitud en sus actos cuando se guía en su obrar por principios utilitaristas, o de situación acomodaticia.

No han faltado quienes pretenden crear una diferencia abismal entre moral y derecho, alegando que la una es autónoma y rige los actos internos del hombre, mientras que el derecho es heterónimo y rige los actos externos del ser humano.

Antes de examinar la falsedad de esta postura, es pertinente aclarar la estructura del acto humano:

Encontramos tres fases sucesivas en el acto voluntario. Ia) *Deliberación intelectual*. Es un acto complejo que comprende varios momentos: 1o. concepción de dos actos contrarios, de dos alternativas; 2o. concepción de las razones en pro y en contra de esas alternativas, que son el objeto de la deliberación; 3o. examen o comparación de los motivos y móviles presentados en pro y en contra de las alternativas, lo cual constituye la deliberación propiamente dicha; y 4o. Jucio práctico sobre el valor respecto de los motivos y móviles. IIa) *Determinación*; sigue a la deliberación y constituye la esencia misma del acto voluntario, consiste en elegir entre las diferentes alternativas, en optar por una de ellas; la voluntad pronuncia a la vez

un veto y un fiat; un fiat por el cual hace que la posibilidad elegida se realice y un veto por el cual impide la realización de las otras posibilidades. IIIa) *Ejecución*: es la realización exterior del acto interno, de la decisión tomada por la voluntad. El acto voluntario supone siempre un esfuerzo, un movimiento interior para realizar la determinación tomada".¹⁰

Ahora bien, "la moral toma en cuenta el acto humano en todas las etapas que ha recorrido, y la nota de interioridad con que se la califica, sólo quiere decir que la valoración la hace refiriendo el acto a sus motivos y móviles más íntimos, a la conciencia misma del sujeto, realizando el proceso valorativo, si se permite una expresión gráfica, del centro hacia la periferia. Que no se diga pues que a la moral sólo le interesan los actos internos, ya que en realidad le interesan todos los actos humanos, y los valora íntegramente; pero eso sí refiriéndolos siempre a su centro de irradiación, a la conciencia del sujeto agente".

El derecho por su parte, regula el acto humano en su aspecto exterior, pero no ignora el aspecto interno del acto humano, y por ello toma en cuenta la intención, la buena fe, el error, el dolo, la mala fe, etcétera, en la conducta humana.

¿La moral es autónoma?, ¿cada uno puede darse sus propias leyes? "La contestación afirmativa implicará la destrucción de toda moral, ya que en tal supuesto cada quien determinaría sin ninguna limitación sus propias normas y de este modo el capricho se convertiría en norma".

"Estrictamente hablando todo principio ético es heterónomo, se impone a la razón y a la voluntad del sujeto; no lo establece su razón ni su voluntad. La razón lo descubre, lo reconoce y la voluntad lo apetece y observa porque redundante en el bien del sujeto", que es alcanzar su fin, el bien absoluto; porque el hombre está hecho para eso, como el avión para volar.

Pasemos ahora a demostrar la íntima relación entre la moral y el derecho:

Al respecto Villoro¹¹ explica: "El contenido moral del Derecho penal es patente. Robos, homicidios, tráfico de enervantes, corrupción de menores, abuso de autoridad, falsificación de diversa especie, atentados al pudor, bigamia, lesiones, calumnia, abuso de confianza, etcétera, son conductas que el derecho llama delictuosas y la moral inmorales. El delito no es más que una conducta que la comunidad considera inmoral, pero no sólo nociva para el individuo que la come-

¹⁰ Sortais, citado por Preciado Hernández, O. C., pp. 190-191.

¹¹ Villoro Toranzo, "Deontología Jurídica", p. 154.

te sino también nociva para la comunidad. Entonces, la comunidad quiere que esa conducta sea prohibida y castigada, la declara delictuosa y señala penas para quienes la cometen".

"El contenido moral de otras ramas del Derecho también es fácil de detectar. Tras las instituciones del Derecho Civil se encuentra la protección de los valores morales de la familia y de la responsabilidad contractual. Y aunque las instituciones mercantiles, tales como los títulos de crédito, son obra del artificio humano, lo que se protege jurídicamente en ellas es de nuevo la responsabilidad contractual, la cual en fin de cuentas es moral. El derecho del trabajo vela por la dignidad de los trabajadores, valor moral si hay alguno; el Administrativo pone los medios (servicios sociales, concesiones, etcétera), para que los miembros de la comunidad puedan vivir y desarrollarse en un ambiente social más constructivo, es decir, tiene como meta las mejores condiciones para el desarrollo moral. En cuanto al Derecho Constitucional toda constitución es un proyecto de convivencia social que debe implementarse para el bien (moral) de los miembros de la comunidad y sus grandes principios son todos morales: limitaciones a la autoridad, garantías a los súbditos, organización responsable de éstos en la participación de las decisiones políticas. Hasta el Derecho Procesal tiene contenido moral. El plazo que se da al demandado para contestar la demanda tiene como fundamento dos principios morales: el derecho del demandado a defenderse y la impartición pronta de la justicia. Una exhibición de pruebas es una manera de defender la veracidad de lo afirmado, la cual es también cuestión moral".

"Al afirmar que todo el Derecho Positivo tiene contenido moral no queremos decir que todas sus disposiciones sean por sí mismas de naturaleza moral. Por ejemplo, el que la demanda debe ser contestada dentro del plazo de nueve días, y no de ocho o diez no es una disposición estrictamente moral". Lo mismo se puede decir de las normas que señalan la mayoría de edad a los 18 años y no a los 19 o 20.

"Estas y tantas otras disposiciones pudieron haber sido determinadas de manera diferente sin que la Moral hubiera sufrido lo más mínimo. Lo que queremos decir es que éstas y todas las demás disposiciones del derecho positivo descansan en último término en principios morales".

Por eso, podemos decir con Georges Renard que "no hay una sola parcela de derecho positivo que no participe, de cerca o de lejos, de

la dignidad del derecho natural, o que no hay normas del derecho positivo sin algún contenido moral".¹²

Sobre el mismo punto Preciado Hernández enseña:

"En cada rama del derecho es fácil descubrir, cómo los principios del derecho natural están presentes, ora en forma expresa o bien implícitamente, pero constituyendo siempre los sillares en que descansan las instituciones comprendidas en ese sector de lo jurídico. No se puede prescindir de esos principios porque la construcción viene abajo al faltarle esos cimientos. ¿Qué sería del derecho de las obligaciones si se desconocieran esos principios de Derecho Natural: Los que nos mandan respetar los convenios, cumplir las promesas, pagar las deudas, asumir las consecuencias de nuestros actos, no causar daño a otro, no enriquecernos a costa del prójimo sin justa causa? ¿Será posible elaborar un derecho positivo de las obligaciones fundándose en principios contrarios a los enunciados? Ni podría elaborarse, ni mucho menos practicarse.

¿Y cómo se puede estructurar un derecho constitucional desconociendo el principio de la necesidad del estado y de la autoridad política? ¿O un derecho procesal que no se apoye en los principios según los cuales nadie debe ser Juez y parte en la misma causa y nadie debe ser juzgado sin ser oído?

"Las relaciones entre Derecho y moral equivalen a las relaciones entre la justicia y el bien común por una parte y el bien personal por la otra. Lo que el hombre hace justamente frente a sus semejantes contribuye a su bien personal, pero no todo lo que perfecciona individualmente al hombre y que constituye su bien personal, se traduce en relaciones de justicia".¹³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación confirma los criterios expuestos al sustentar la siguiente tesis:

"La buena fe es la base inspiradora de todo el derecho y debe serlo, por ende del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan".¹⁴

Ahora bien, el abogado como hombre de ley debe procurar con su conducta la realización de la justicia como criterio, en la justicia como virtud, como hábito operativo bueno.

Rafael Bielsa¹⁵ aclara: "La falta de moral del pintor, del matemático, no empaña su obra. Las flaquezas del artista son independientes

del cuadro que pintó. Pero la separación absoluta entre el hombre y su obra no es admisible en el juriconsulto, porque el derecho es la primera de las ciencias morales destinadas a regir a los hombres y con mayor razón a sus conciudadanos. El hombre de Derecho rebaja su obra o la eleva, con su actitud en la vida pública (y también en la privada)".

"Aunque es verdad que una golondrina no hace verano, también es verdad que las faltas personales de los miembros de una profesión —sobre todo si son repetidas— acaban proyectando desprestigio sobre toda la profesión. No se puede esperar que la opinión pública tenga en gran estima una determinada profesión, cuando miembros de la misma en su conducta privada y pública no proceden conforme a los ideales que su profesión exige. Aunque son muchos los jueces rectos y honrados, será suficiente la denuncia en la prensa de algunos casos de jueces corruptos para que la opinión pública pierda confianza en toda la judicatura. Por eso, con todo derecho, los miembros de una profesión buscan y luchan por el prestigio profesional y se sirven de la Deontología como un medio para obtenerlo".¹⁶

Derecho-verdad-y-bien son una trilogía inseparable porque el derecho está impregnado de la verdad y del bien, como ha quedado demostrado. Por ello Angel Ossorio,¹⁷ ex-decano del Colegio de Madrid expresa: "La primera condición del hombre del foro es la veracidad... somos voceros de la verdad, no del engaño, se nos confía que pongamos las cosas en orden, que procuremos dar a cada cual lo suyo, que se abra paso la razón, que triunfe el bien. ¿Cómo armonizar tan altos fines con un predominio del embuste"? Y continúa el excelso jurista: ¿Para qué estamos los abogados? ¿Para que prospere la razón de quien nos paga o para procurar que haya justicia? Estamos para lo segundo. Somos ministros de la justicia a través del interés particular; no tenemos el derecho de poner nuestras aptitudes, nuestras facultades al servicio de la injusticia o del error conscientemente; eso no es lícito".

"Sin justicia no se puede vivir. Es para el hombre algo tan esencial como el aire respirable. Ser ministro de la justicia es algo trascendental, definitivo. No se puede ser Juez, Fiscal ni abogado sin el orgullo de estar desempeñando las funciones más nobles y más importantes para la humanidad".

El artículo primero del Código de la Barra Mexicana expresa:

¹⁶ Villoro, "Deontología Jurídica", pp. 22-23.

¹⁷ Citado por Villoro, "Deontología Jurídica", p. 177.

¹² Citado por Preciado Hernández, O. C., p. 162.

¹³ Preciado Hernández, O. C., pp. 256 y 257.

¹⁴ Ediciones Murguía 1917 a 1965, tesis 102, p. 310.

¹⁵ Citado por Villoro Toranzo, en "Deontología Jurídica", p. 22.

"El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración". Pero no se trata de meras declaraciones retóricas, sino de directrices que tienen resultados prácticos, porque la ética al igual que el derecho rige conductas humanas, no está integrada por principios etéreos.

En el juramento que la Universidad Nacional Autónoma de México, pide a quienes, por haber aprobado el examen profesional, va a otorgar el título de abogados, se les advierte: "En el ejercicio de la profesión de tan alta responsabilidad, tened presente, ante todo, que no debéis emplear vuestros conocimientos sino en servicio de las *causas justas*". Y luego se les exige la siguiente protesta: ¿Protestáis solemnemente y bajo vuestra palabra de honor que al ejercer la abogacía tomaréis como norma suprema de vuestra conducta *la justicia y la moral*?

Antes de concluir, permítaseme terminar citando al gran filósofo-jurista Villoro Toranzo:¹⁸

"El derecho es el mínimo de amor exigido en sociedad. En efecto, es a partir del amor como aparece la justicia. En último término ni la razón ni la experiencia tienen la clave de lo justo y del derecho. Esa clave la tiene el amor. El amor no debe ser confundido con la emotividad, aunque ésta puede acompañarlo. El amor es la dimensión por excelencia del ser humano y como tal, lejos de oponerse a lo racional, es una actitud esencialmente racional. El amor permite al ser humano una dignidad de que carecen otras especies animales. La fórmula aristotélica del ser humano como "animal racional" debe ser completada por la fórmula más exacta de "un animal capaz de amar". En la realización de esta capacidad reside la grandeza del ser humano, la Justificación de su existencia y su poderío, el progreso del Derecho y el desarrollo de la civilización. Sin amor nos rebajamos al nivel de brutos. Con amor, damos sentido a nuestra vida por el derecho. Todo esfuerzo por explicar el derecho como orden racional o como producto de fuerzas históricas será incompleto, porque le falta lo más importante, que es su inspiración en la justicia, la cual a su vez, no es más que una forma de amor".

Y me permito añadir, en último término al caer la tarde de nuestros días, seremos juzgados sobre la medida de nuestro amor para con los demás.

Muchas gracias.

¹⁸ "Lecciones de Filosofía del Derecho", p. 491.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LAS OPERACIONES DE REMOLQUE

Francisco Xavier MANZANERO ESCUTIA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de remolque y terminología utilizada.* III. *Clases de remolque.* IV. *Naturaleza jurídica del contrato de remolque.* V. *Principales obligaciones de las partes que intervienen en el contrato de remolque.* VI. *Régimen jurídico de las operaciones de remolque en el Derecho Positivo Mexicano.*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la extensa e interesantísima variedad de temas y materias que componen la disciplina del Derecho Marítimo, encontramos el atinente a los remolcadores, que son precisamente las embarcaciones que llevan a cabo las distintas operaciones de remolque.

El estudio de este aspecto del Derecho Marítimo siempre ha sido de gran trascendencia por el importante papel que han desempeñado y que desempeñan remolcadores en las distintas actividades relativas a la navegación y ha sido tal la relevancia que han cobrado los remolcadores, que han llegado a convertirse en una verdadera industria que constituye un soporte indispensable para la realización de las actividades marítimas. En efecto, por las particularidades de su explotación, por su perfeccionamiento técnico y por las características propias de los remolcaderos, esta industria se ha desarrollado notablemente y ha extendido su dominio e influencia sobre las actividades de navegación más diversas, tales como el tráfico interior en puertos, bahías, ríos y canales navegables, el tráfico marítimo en alta mar y aun con finalidades de maniobra, transporte, asistencia y salvamento.¹ De hecho en algunos países que constituyen verdaderas potencias marítimas a nivel mundial, existen compañías navieras o marítimas dedicadas de manera exclusiva a la prestación de servicios de remolque en todas sus modalidades, siendo ésta una actividad económica

¹ Olvera De Luna Omar, *Manual de Derecho Marítimo*. Ed. Porrúa, S. A., México, D. F., 1981, p. 183.

florecente y en pleno desenvolvimiento, aunque de manera natural e inevitable siempre expuesta a los graves peligros y riesgos que implica toda actividad de navegación.

A manera de ejemplo y para comprender mejor la gran importancia que tienen los remolcadores en las actividades de comercio marítimo a gran escala, por su extraordinaria potencialidad y capacidad para movilizar carga, a continuación se proporciona la siguiente relación comparativa de capacidad de carga preparada por la División de Planeación e Investigación del Departamento de Transporte de Iowa, Estados Unidos de América (1986):

Capacidad de carga

Una barcaza normal con capacidad de carga para 1 500 toneladas, tiene una capacidad de carga equivalente a la de 15 furgones de ferrocarril grandes (de 100 toneladas cada uno), cuya capacidad de carga a su vez equivale a la capacidad de carga de 60 camiones de carga grandes (de 25 toneladas cada uno).

Potencia

Un remolque puede llegar a tener potencia suficiente para movilizar de una sola vez 15 barcasas con capacidad de carga para 1 500 toneladas cada una (22 500 toneladas); si quisiéramos mover de una sola vez menos de la mitad de esta carga (10 000 toneladas) con máquinas de ferrocarril que fueran necesarias para poner en movimiento 100 furgones (de 100 toneladas cada uno) y si quisiéramos mover esas mismas 10 000 toneladas de una sola vez con camiones de carga, se requeriría de la potencia de 400 camiones (de 25 toneladas cada uno).

De las anteriores comparaciones puede derivarse una idea clara de lo que son los remolcadores y de lo que representan, por ejemplo, para la navegación con fines de movilización de carga en grandes volúmenes.

Bajo este orren de ideas, el propósito de este breve estudio es presentar algunos de los aspectos más importantes en torno a los remolcadores y a las operaciones de remolque, pero ya no desde un punto de vista técnico, sino desde un punto de vista eminentemente jurídico, refiriéndonos al concepto de remolque, sus clases, naturaleza jurídica de contrato de remolque, principales obligaciones de las partes que intervienen en dicho contrato y finalmente haciendo una breve

referencia al régimen jurídico de las operaciones de remolque en el Derecho Positivo Mexicano.

II. CONCEPTO DE REMOLQUE Y TERMINOLOGÍA UTILIZADA

Existen tantas definiciones de remolque como autores de Derecho Marítimo que se hayan ocupado de este tema. Sin embargo, a continuación se proporcionarán algunas definiciones de remolque para tratar de obtener con base en ellas, un concepto en el que se incluyan los elementos esenciales y característicos más importantes de la institución de Derecho Marítimo que nos ocupa.

En primer lugar, encontramos que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, define al remolque en su acepción primera, como "acción y efecto de remolcar"; y remolcar, también en su primera acepción, como "llevar una embarcación u otra cosa sobre el agua, tirando de ella por medio de un cabo o cuerda". Por otro lado, etimológicamente remolcar procede del latín "remolare" y esta palabra a su vez procede de la palabra griega compuesta de "cuerda" y "tracción",² Mayo Jaime Feliciano.

Una vez expuestos los anteriores significados de las palabras remolque y remolcar, a continuación expondremos los conceptos que sobre esta materia específica proporcionan algunos autores de Derecho Marítimo, tanto nacionales como extranjeros.

Raúl Cervantes Ahumada señala que "En el remolque, un buque remolcador agrega a una embarcación remolcada (que puede no ser otro buque), una fuerza externa, para conducirla por agua de un lugar a otro".³

Olvera De Luna Omar define al remolque como "la operación que consiste en el desplazamiento de un buque u otro objeto flotante, mediante la tracción ejercida por otro, sea porque aquél no está en condiciones para utilizar su propia fuerza motriz, o porque la misma no es suficiente para la operación o velocidad que necesita llevar a cabo".⁴

Para Frank L. Maraist, remolque es un contrato por el cual el propietario de un remolcador conviene en agilizar el viaje de una em-

² Mayo Jaime Feliciano. *Asistencias Marítimas*, Ed. Naval, Madrid, España, 1980, p. 159.

³ Cervantes Ahumada Raúl. *Derecho Marítimo*, Ed. Herrero, S. A., México, D. F., 1984, p. 117.

⁴ Olvera de Luna Omar, *op cit.* (1), p. 183.

barcación remolcada que pertenece a otra persona y está regulado por reglas especiales de contratos marítimos.⁵

Santiago Hernández Yzal establece que "contrato de remolque es aquél en virtud el cual un buque presta o depara a otro contra pago de un precio, tracción que supla la deficiencia de propulsión del buque remolcado".⁶

Doctor Lushington, citado por Lord Chorley y O.C. Giles, indica lo siguiente: "Un servicio de remolque puede describirse como el empleo de un buque para facilitar el viaje de otro, cuando no se requiere nada más que la aceleración de su marcha".⁷

Joaquín Garrigues, entiende por contrato de remolque aquel "en el que el capitán de un buque llamado remolcador, dotado de fuerza motriz, se obliga a arrastrar tras de sí, por medio de un cable o remolque, a otro cuerpo flotante desprovisto de fuerza".⁸

Por su parte, A. Menéndez, citado por Feliciano Mayo Jaimez, señala que la definición técnica y mercantil del remolque es la "operación consistente en el desplazamiento de un buque, o más ampliamente, de un cuerpo flotante, mediante la tracción ejercida por otro buque".⁹

Finalmente, Rodolfo A. González Lebrero establece que el "Contrato de remolque consiste en aquél en virtud del cual una parte, el armador del buque remolcador, se obliga frente a la otra parte, el armador de un buque remolcado, mediante el pago de un precio, a aplicar su fuerza motriz bajo las órdenes de este último a fin de facilitar, complementar o llevar a cabo las operaciones de atraque, desatraque y movimiento del buque respectivo dentro de un puerto o de una zona determinada".¹⁰

Todas las anteriores definiciones del remolque son correctas en términos generales pues proporcionan una idea clara de lo que en esencia es esta institución de Derecho Marítimo, aunque, desde mi personal punto de vista y en estricto sentido, ninguna de ellas es completa

⁵ Maraist Frank L. Admiralty in a Nut Shell. West Publishing Co., Saint Paul. Minnesota, U.S.A., 1983, p. 117.

⁶ Hernández Yzal Santiago. *Derecho Marítimo II*, Ed. Cadi, Barcelona, España, 1969, p. 183.

⁷ Lord Chorley y O.C. Giles. *Derecho Marítimo*. Trad. de la 4a. Ed. Inglesa y notas de Derecho Español de Fernando Sánchez Calero. (Título original de la obra: *Shipping Law*). Bosch, Casa Ed. Barcelona, España, 1962, p. 322.

⁸ Garriguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Porrúa, S. A., México, D. F., 1981, p. 699

⁹ Mayo Jaimez Feliciano, *op cit.* (2), p. 159.

¹⁰ González Lebrero Rodolfo A. *Manual de Derecho de la Navegación*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 413.

pues de alguna u otra forma omiten alguno o algunos de los elementos del remolque.

Sin embargo, con base en ellas es posible elaborar un concepto de remolque que reúna todos los elementos que le son propios y que son los siguientes:

- Contrato regulado por reglas especiales de Derecho Marítimo.
- Existencia de un buque remolcador.
- Ejercicio de una fuerza motriz externa, empujando o jalando mediante la utilización de una cuerda o cable comúnmente llamado de remolque.
- Conducción o desplazamiento por agua de un lugar a otro, de otro cuerpo flotante que puede ser una embarcación o no.
- Existencia de un cuerpo flotante remolcado que carece de tracción o propulsión propia, o que aun teniéndola no la utiliza.
- Pago de una contraprestación o precio.

Así pues, podríamos definir al remolque diciendo que es el contrato regulado por reglas especiales de Derecho Marítimo, en virtud del cual un buque denominado remolcador se obliga, mediante el pago de un precio, a ejercer una fuerza motriz externa, empujando o más comúnmente jalando mediante una cuerda o cable de remolque, a otro cuerpo flotante que es el buque remolcado —aunque algunas veces no se trate de un buque—, que carece de propulsión propia o que aun teniéndola no la utiliza por diversas causas, a fin de conducirlo o desplazarlo por agua de un lugar a otro.

En cuanto a la terminología utilizada por lo que hace a los dos extremos de la relación jurídica que implica un contrato de remolque, nos encontramos sencillamente con los vocablos en español "buque remolcador" y "buque remolcado". Sin embargo, por tratarse éste de un tema de Derecho Marítimo que por su naturaleza misma es una disciplina que se ha desarrollado principalmente a nivel internacional, de manera necesaria e inevitable tenemos que referirnos con un afán meramente informativo a la terminología que en el idioma inglés le corresponde a los vocablos antes mencionados, toda vez que el inglés es precisamente el idioma en el que usualmente se manejan los casos y situaciones de Derecho Marítimo que se presentan a nivel internacional, amén de que los Estados Unidos de América, la Gran Bretaña y Canadá, son algunos de los países que se catalogan dentro de las potencias marítimas más importantes y significativas a nivel mundial.

En tal virtud, en inglés nos encontramos con los siguientes términos:

Contrato de Remolque — Towage Contract or Contract of Towage

Compañía Remolcadora — Towing Company

Cable de Remolque — Tow, Hawser, Towing Line y Towing Rope

Buque Remolcador o Conjunto de Remolcador y Remolcado — Tug

Buque Remolcado — Tow

Buque Remolcador que empuja (por ejemplo a una barcaza) — Tow-boat

Buque Remolcador que jala (a una barcaza o a otro barco) — Tug-boat

III. CLASES DE REMOLQUE

Las operaciones que pueden realizarse en virtud de un Contrato de remolque, pueden llegar a complicarse por muy diversas circunstancias. Las operaciones de remolque pueden ocurrir en el mar, para entrar a un puerto o para salir de él; pueden ser fluviales o en canales navegables. Asimismo, la embarcación remolcada puede llevar a bordo a su tripulación o no o aun puede darse el caso de que ni siquiera tenga tripulación como en tratándose de barcazas para movilizar carga, o bien puede suceder que las operaciones respectivas se dirijan desde el remolcado o desde el remolcador. También puede suceder que el contrato de remolque se haya celebrado con anterioridad a su ejecución, se celebre posteriormente o ni siquiera se pacte de manera expresa.

Tal complejidad plantea la cuestión de si existe un solo contrato de remolque con distintas variedades, o si, por el contrario, existen de hecho diversos contratos de remolque. La doctrina existente en Derecho Marítimo no es uniforme al respecto y hay posturas y tendencias que se inclinan hacia uno u otro sentido.

Por nuestra parte, pensamos que existe un solo contrato de remolque aunque con diversas variedades, las cuales principalmente son las siguientes:

1. Remolque portuario o como servicio en puerto.
2. Remolque en el mar, o en alta mar que a su vez puede subdividirse en las siguientes clases:
 - A) Remolque salvamento o de auxilio y
 - B) Remolque fletamento.

1. Remolque portuario

Como su nombre lo dice, es el que se presta en las zonas de los puertos o en los canales navegables, como el de Panamá, y su fina-

lidad es el ayudar a la realización de las maniobras de los barcos grandes que por sus dimensiones y tonelaje no pueden movilizarse o maniobrar por sí mismos y por ende necesitan del auxilio de los remolcadores. Piénsese por ejemplo en el caso de un buque que sea tan grande que no sea lo suficientemente manejable como para navegar por sí solo en aguas limitadas y que requiera la ayuda de uno o varios remolcadores para atracar y zarpar. O bien, en el caso de un barco cuya máquina sea tan fuerte y potente que su propela ponga en peligro a las instalaciones portuarias como diques y muelles o aun a otras embarcaciones más pequeñas que se encuentren en el mismo puerto, en cuyo caso tales barcos deben abandonar su propia fuerza de propulsión.

En este tipo de remolque el precio que debe pagar el buque remolcado por los servicios de remolque recibidos no son fijados normalmente por las partes, sino que por el contrario, son las autoridades portuarias respectivas las que fijan las cuotas correspondientes para el pago de tales servicios, con base en las tarifas preestablecidas.

2. Remolque en el mar o en alta mar

Este tipo de remolque a su vez puede subdividirse en las siguientes especies:

A. Remolque salvamento o de auxilio

Esta es una de las formas más antiguas de remolque y se presenta cuando presta asistencia en el mar a una embarcación que ha quedado imposibilitada para navegar normalmente, por ejemplo porque sus máquinas se hayan averiado.

Por su naturaleza misma, muchas veces los servicios de remolque en estos casos no son prestados por remolcadores especializados, sino que se prestan por barcos comunes u ordinarios que no se dedican a realizar operaciones de remolque pero que en el curso de su travesía se encuentran en el mar con un buque en dificultades y además están en posibilidad física de ayudarlo.

En relación a este tipo específico de remolque, diremos que debe distinguírsele del Auxilio o Salvamento (assistance or Salvage), que como tal es otro tema independiente de Derecho Marítimo y que a su vez es materia de regulación específica por otras reglas de la disciplina mencionada.

En términos generales el auxilio o salvamento como tal, se distingue del remolque de Auxilio o de Salvamento en razón del fin. El fin concreto y específico del remolque es la tracción del buque remolcado por el remolcador, en tanto que el fin específico del salvamento es el extraer a un buque de una situación de emergencia originada por alguno de los peligros del mar, mediante una tracción. Por lo tanto en el primer caso el remolque es el fin, y en cambio en el segundo el remolque sólo es el medio o el elemento instrumental utilizado.

En el remolque salvamento o de auxilio las partes pueden tener libertad de contratación acerca del precio de los servicios de remolque; pero si no fijan tal precio de común acuerdo o si alguna de ellas está en desacuerdo con la fijación que del precio quiera hacer la otra parte, entonces el tribunal que conociera de la controversia que sobre este punto llegare a surgir, tendría que resolver determinando el precio respectivo con base en algunos criterios objetivos, tales como la distancia y el esfuerzo, así como otros elementos de juicio entendiendo a cada caso concreto, como serían por ejemplo las condiciones climatológicas que hubieran imperado.

B. Remolque fletamento

Este supuesto de remolque se presenta cuando se conducen o desplazan cuerpos flotantes sin propulsión propia, como barcasas o chalanes, los cuales pueden llevar algún tipo de carga. En estos casos, el precio por los servicios de remolque se fija de manera convencional por las partes, atendiendo básicamente al volumen de la carga transportada por los chalanes o barcasas remolcados y la distancia del remolque.

Como ya se ha dicho, las anteriores son las clases de remolque generalmente aceptadas y reconocidas; sin embargo, existen algunas otras clasificaciones que hacen distintos autores atendiendo a diversos criterios, entre los que se encuentra principalmente el referente a la naturaleza misma del contrato de remolque. A este respecto, para completar esta sección y de manera meramente ilustrativa, citaré al profesor A. Menéndez, quien a su vez es citado por Feliciano Mayo Jaimez en los términos siguientes:

Criterios de clasificación del remolque atendiendo a su naturaleza jurídica

Tentativas en favor de la concepción unitaria:

El remolque como contrato de transporte.

El remolque como contrato de fletamento.

El remolque como contrato de obra.

El remolque como contrato de arrendamiento de servicio.

Clasificación como contrato atendiendo a la estructura de cada operación de remolque:

Según Le Clerc, se incluyen todos los supuestos de remolque en la figura del arrendamiento de servicio, y distingue:

Remolque en alta mar.

Remolque ocasional en la mar.

Remolques portuarios y los efectuados por los servicios públicos.

Según Dor y Villeneau, no es posible establecer a priori ninguna calificación jurídica, y en consecuencia puede ser:

Contrato de transporte.

Contrato de arrendamiento de obra.

Contrato de arrendamiento de servicio.

Calificación del contrato atendiendo a los distintos supuestos del remolque:

Según Bonnacase, hay que distinguir entre:

El remolcado puede moverse por sus propios medios: Arrendamiento de servicio.

El remolcado no puede moverse por sus propios medios: Contrato de transporte.

Según Danjon, la distinción se basa:

Presencia de la tripulación en el remolcado: Arrendamiento de obra.

No presencia de tripulación en el remolcado: Contrato de fletamento o de transporte marítimo.

Según Mazeaud y Josserand, se distinguen:

Remolque transporte de mercancías (o contrato de fletamento si se trata de transporte marítimo), cuando el remolcador dirige la operación.

Remolque arrendamiento de servicio, cuando la dirección corresponde al remolcado.

Remolque transporte, cuando la dirección de la operación es compartida por el remolcador y el remolcado. Es análogo al contrato de transporte de personas.

Según Brunetti, el remolque se incluye en el arrendamiento de obra, aunque acepta algunas excepciones en favor del contrato de transporte.

Clasificación según se entregue o no el remolcado:

Planteadas esta distinción por Ricardello, es aceptada por Dor y Villeneau, Wüstendorfer, De Juglart, Schlegelberg-Liesecke, Abraham, Uria, etcétera.

Se fundamenta en un paralelismo entre la entrega al portador del objeto a transportar y la entrega al remolcador del remolcado, de modo que el porteador y remolcador deben detentar la custodia e integridad de lo entregado, quedando así configurada la figura del remolque transporte. En cambio, el remolque sin entrega queda configurado como contrato de arrendamiento de obra o servicio.¹¹

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE REMOLQUE

Como puede inferirse de los diferentes criterios de clasificación del contrato de remolque que se mencionan en la última cita de la sección III anterior, los distintos autores de Derecho Marítimo que han tratado la institución que nos ocupa, al estudiar el punto relativo al análisis y determinación de la naturaleza jurídica del contrato de remolque, han llegado a la conclusión más o menos generalizada de que el remolque puede ser considerado como contrato de transporte, como contrato de fletamento, como contrato de obra o como contrato de servicios, y obviamente dan diversos argumentos para soportar sus posturas, sin que pretendamos entrar en mayor detalle al respecto.

Otra parte de la doctrina sostiene que en esencia no hay diferencia alguna entre el contrato de transporte y el contrato de fletamento y al respecto concluyen que aunque no es posible establecer de manera a priori ninguna calificación jurídica para el contrato de remolque, este puede ser catalogado como contrato de transporte, contrato de arrendamiento de obra o contrato de arrendamiento de servicio.

Algunos otros, opinan que el contrato de remolque es en general un contrato atípico y por tanto debe ser regulado por las estipulaciones pactadas por las partes y a falta de éstas o subsidiariamente, deben aplicársele las reglas generales de las teorías de las obligaciones y de los contratos.

Por nuestra parte y siguiendo a los maestros Joaquín Garriguez y Feliciano Mayo Jaimez, quien a su vez cita al primero, consideramos que el contrato de remolque no es un contrato atípico, sino que por el contrario es un contrato que sí tiene una naturaleza jurídica propia, aunque ésta *per se* no es determinada *ab initio*, sino que es determinable, en el entendido de que tal determinación dependerá de manera lógica y necesaria de las formas y circunstancias que concurran en la

¹¹ Mayo Jaimez Feliciano, *op. cit.*, (2), pp. 162 y ss.

realización de las operaciones referentes a cada remolque en particular, así como a las estipulaciones, términos y condiciones que las partes contratantes hayan pactado para la prestación de los servicios de remolque en cada caso concreto.

Así pues, específicamente el contrato de remolque puede tener cualquiera de las tres calificaciones jurídicas que a continuación se indican:

1. Será un contrato de transporte marítimo cuando la cosa remolcada sea completamente inerte (como una boya, una gabarra o un buque completamente desprovisto de capacidad de maniobra), en tal caso hay, como en el transporte, entrega total de una cosa (en este caso un buque u otro aparato flotante) para ser conducida de un lugar a otro; pero será un transporte *sui generis*, por falta del elemento de la custodia de las cosas contenidas en el buque remolcado, salvo que del contrato se deduzca otra cosa.

2. Habrá, en cambio, un arrendamiento de obra y no de transporte en sentido propio cuando —como ocurre casi siempre— el navío remolcado sigue bajo la dirección técnica de su capitán y de su dotación. Y un arrendamiento de servicios cuando este capitán sea quien dirige la operación de remolque. Este dato de la dirección del remolque servirá, además, para decidir de qué lado está la responsabilidad por el remolque: en el capitán del buque remolcador en el caso 1 y en el capitán del buque remolcado, o en el del remolcador, según sea aquél o éste el que lleve la dirección del «tren de remolque», en el caso 2.¹²

V. PRINCIPALES OBLIGACIONES DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE REMOLQUE

El contenido de esta sección está íntimamente relacionado con las distintas variantes o modalidades que pudieren llegar a surgir en las operaciones de remolque en atención a los términos y condiciones conforme a los cuales se hubiese negociado y celebrado el contrato de remolque respectivo, y por ende también estrechamente vinculado con la naturaleza jurídica que de manera específica se le haya atribuido a tal acto en cada caso concreto.

En efecto, pueden presentarse un sinnúmero de situaciones diferentes, lo cual redundará en la determinación y asignación de las diversas obligaciones que en cada caso particular deben asumir a su cargo las partes que intervienen en la relación jurídica que nace por virtud de la celebración de un contrato de remolque.

¹² Garriguez Joaquín, *op. cit.*, (8), p. 700.

En primer lugar, tenemos que distinguir si estamos ante un remolque portuario o ante un remolque concertado en el mar, pudiendo éste último ser, como ya se ha dicho, un remolque fletamento o un remolque salvamento, porque de lo anterior dependerá, por ejemplo, la forma de determinar el monto de la contraprestación que deberá pagársele al remolcador por las operaciones de remolque que realice, siendo sobre este punto importante precisar asimismo si el contrato de remolque se propaló con antelación a su ejecución o con posterioridad, o si simplemente ni siquiera se pactó expresamente, en cuyo caso el precio podría ser determinado mediante arbitraje, por ejemplo.

También debemos saber si la embarcación remolcada lleva a bordo a su tripulación o no, y si las maniobras correspondientes son dirigidas desde el remolcado o desde el remolcador.

Igualmente, debe determinarse si los elementos necesarios para realizar el remolque, como son los cabos, cables o cadenas, son proporcionados por el remolcado o por el remolcador.

Como puede verse, el contrato de remolque es sumamente casuístico y en consecuencia no es fácil proporcionar lineamientos que puedan ser aplicados a todos los casos. Sin embargo, existen algunos principios elementales de aceptación generalizada que marcan la pauta para determinar cuáles son las obligaciones más importantes de las partes de un contrato de este tipo y a las cuales me referiré en las líneas subsiguientes.

La obligación principal del remolcado es pagar el precio del remolque, de conformidad con los criterios establecidos con anterioridad en este estudio, así como cubrir el importe de los gastos que se originen por tal motivo. También tiene el remolcado la obligación de colaborar, cuando así sea el caso, en las maniobras y operaciones que dirija el remolcador en aras de lograr una mayor rapidez y más seguridad.

Por su parte, el remolcador tiene como obligación básica el proporcionar fuerza motriz al remolcado, en los términos o condiciones expresa o tácitamente aceptadas. A este respecto es de capital importancia el dejar claramente asentado que el remolcador debe ser capaz de ejecutar las operaciones de remolque respectivas. Esta garantía implícita de capacidad e idoneidad para navegar prestando servicios de remolque incluye al remolcador mismo y se extiende a su tripulación, equipo, aparejos y accesorios, los cuales deben ser completamente aptos para la tarea que pretendan realizar en el tiempo y circunstancias razonablemente esperadas, y con el cuidado y destreza que se requiera. Si el remolcador o su tripulación no cumplen

sus obligaciones como es debido, entonces el elemento remolcado puede reclamar daños y perjuicios.

Todas las anteriores obligaciones nacen cuando comienzan las operaciones de remolque, por lo que es necesario determinar con exactitud el momento preciso en que dan inicio tales operaciones. Sobre el particular se ha resuelto genéricamente que el servicio de remolque no comienza mientras los cables de remolque no hayan sido lanzados.¹³

Ahora bien, por lo que hace a otros aspectos de responsabilidad, puede afirmarse que si el buque remolcado tiene el control o dirección de las maniobras y operaciones de remolque, él es el responsable de los daños y perjuicios que se le pudieran llegar a causar a un tercero; no obstante tal principio, el remolcador será responsable si tales daños y perjuicios son producidos por su culpa o negligencia.

Para concluir el aspecto atinente a la responsabilidad de que en un momento determinado pueda incurrir un remolcador, se hará una breve referencia a las cláusulas conocidas como exculpatorias o exonerativas de responsabilidad en los contratos de remolque.

Los contratos de remolque contienen normalmente algunas cláusulas en virtud de las cuales se establece que el remolcador no será responsable de ningún daño material o personal ni de ninguna pérdida material o personal por lo que hace al remolcador, al remolcado o a terceros, aun cuando mediare culpa por parte del remolcador o su tripulación. Obviamente se ha discutido la validez o nulidad de éstas cláusulas en diversos casos de Derecho Marítimo que han surgido respecto de operaciones de remolque y que se han ventilado en los tribunales de casi todos los países del mundo que tienen alguna actividad marítima. La tendencia general, aunque con varias excepciones, en los tribunales de la mayoría de los países, es la de reconocer la validez de tales cláusulas excepto en aquellos casos en que haya existido una culpa grave o dolo por parte del remolcador, en el entendido de que en términos generales la tendencia jurisprudencial dominante en los Estados Unidos de América, es la de desconocer la validez de tales cláusulas.

Algunos autores consideran que debe admitirse la validez de las cláusulas exculpatorias o exonerativas de responsabilidad por parte del remolque, en los casos en que las cláusulas hayan sido expresamente aceptadas o reconocidas por el remolcado, cuya aceptación en todo caso debe ser probada por el remolcador, lo cual es relativamente fácil cuando el contrato de remolque consta por escrito.

¹³ Lord Chorley y O. C. Giles, *op. cit.*, (7), p. 325.

Sin embargo, no debe perderse de vista el hecho de que aun cuando pudiera celebrarse un contrato de remolque en el que el remolcado hiciera alguna reserva al respecto o bien rechazare la inclusión de tales cláusulas exonerativas, podría suceder que la empresa de remolque se negara a prestar sus servicios a menos que se aceptaran los términos del contrato propuesto, de manera lisa y llana como si fuese un mero contrato de adhesión. Esto se debe a que en muchas ocasiones no existe una auténtica libertad para contratar por los remolcados puesto que todos los contratos de remolque incorporan en su texto las cláusulas a que nos hemos referido y eso se hace más evidente aun en los casos de remolque portuario en que muchas veces existen auténticos monopolios por parte de las embarcaciones que prestan los servicios de remolque, mismas que muchas veces son incluso del Estado.

En relación a este punto podemos concluir que aun cuando se llegare a aceptar la validez de estas cláusulas, esto no significa el que deba reconocérseles aplicación ilimitada, ya que en todos los casos el remolcador seguirá siendo responsable por los actos originados de manera dolosa o cuando medie culpa grave de su parte.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE REMOLQUE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Para concluir este breve estudio, haremos una somera referencia a las disposiciones legales que conforman el marco jurídico aplicable a las operaciones de remolque en el Derecho positivo mexicano.

En primer lugar encontramos las disposiciones conducentes contenidas en el Libro Tercero de la Ley de Vías Generales de Comunicación (publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de febrero de 1940), denominado "Comunicaciones por Agua", entre las que se incluyen específicamente las siguientes en relación al tema que nos ocupa:

Artículo 195, que establece que la navegación puede ser marítima o interior, subdividiéndose la primera en navegación de altura y navegación de cabotaje.

El artículo 196 por su parte establece que las navegaciones antes referidas comprenden diversos tráficos y en su fracción IV menciona de manera expresa al remolque.

El artículo 189 dispone que la navegación en los mares territoriales del país es libre para las embarcaciones de todos los países, en los términos del Derecho y tratados internacionales, en el entendido de

que las embarcaciones extranjeras que naveguen en aguas mexicanas quedan sujetas por este solo hecho al cumplimiento de las leyes y reglamentos vigentes en nuestro país.

El artículo 192 permite a las embarcaciones mercantes extranjeras traer a remolque embarcaciones del extranjero y remolcar nuevamente a las mismas después de haber hecho las operaciones de carga y descarga, así como remolcar embarcaciones a puertos extranjeros cuando no se disponga de remolcadores nacionales que puedan hacer este servicio (fracciones III y IV).

El artículo 240 en su última parte establece que es obligatorio el uso de remolcadores para las embarcaciones nacionales o extranjeras de 500 toneladas en adelante, en los puertos que determine la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, de acuerdo con el reglamento respectivo.

Por otro lado, encontramos el Reglamento para el Servicio de Remolque en Aguas y Puertos Nacionales (publicado en el Diario Oficial de la Federación del 25 de junio de 1952), que es precisamente el reglamento a que se refiere la última parte del artículo 240 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, y que básicamente contiene las siguientes disposiciones:

Establece que el servicio de remolque en los puertos y aguas de jurisdicción nacional estará a cargo de remolcadores autorizados por la Secretaría de Marina, y contempla 3 casos de remolcadores: de servicios públicos, de servicio particular y de servicios oficiales (artículos 1 y 2).

La Secretaría de Marina es la dependencia competente para fijar en cada una de las clases de remolcadores mencionadas, la jurisdicción en que deban desempeñar sus servicios, la velocidad de remolque y los tonelajes brutos que se permita remolcar a cada remolcador, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada caso (artículo 3).

Este Reglamento ordena que los remolcadores de servicio público que operan en las jurisdicciones respectivas serán de matrícula del puerto correspondiente, sus cascos estarán pintados de negro, estarán dotados con bombas y mangueras contra incendio y de chalecos salvavidas y salvavidas anulares en un número igual al doble de sus tripulantes (artículos 5 y 6).

Los artículos del 9 al 16 de este Reglamento se refieren al Servicio Público de Remolque; los artículos del 18 al 22 se refieren al Servicio Particular de Remolque; y los artículos del 23 al 27 regulan el Servicio Oficial de Remolque.

Por lo que hace a las maniobras, este Reglamento señala en su artículo 28 que el servicio de remolque comprende las maniobras siguientes:

- Remolque de Embarcaciones a Flote;
- Remolque de Embarcaciones semihundidas, dragas, diques, balsas, restos de buques o cualquier otro cuerpo flotante o en suspensión;
- Auxilios y salvamentos de buques; salvamento de náufragos, servicio contra incendio y maniobras de embarcaciones varadas, rastreos o cualquier otro trabajo no especificado.

Este Reglamento dispone que en la ejecución de las maniobras de los remolques, además de observarse lo dispuesto en el artículo 29 por lo que hace al precio de los servicios de remolque, deberá tenerse presente lo estipulado en los Contratos que las empresas celebran con los usuarios de los servicios, en la inteligencia de que tales contratos no contendrán cláusulas que contravengan disposiciones de orden público y se deberá prever en las mismas que los tripulantes del remolcador se consideran como servidores de las embarcaciones remolcadas (artículos 30 y 31).

El ordenamiento en cuestión contiene por último un capítulo de sanciones (artículos 39 al 45), mismas que en cuanto a sus montos actualmente resultan completamente absoletas.

Finalmente tenemos a la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 21 de noviembre de 1963), que en su artículo 14-F inciso d) incluye al remolque como uno de los servicios portuarios en dársenas y fondeaderos y en sus fracciones VI y VII señala las maniobras que puede comprender el servicio de remolque en puerto y además faculta a la Secretaría de Marina para que vigile la correcta prestación de tales servicios de remolque.

Asimismo, el artículo 63 de esta Ley establece que el remolque en los puertos y en alta mar sólo puede prestarse mediante autorización, excepto en los casos de salvamento.

Las anteriores disposiciones legales y reglamentarias son las que en síntesis configuran el marco jurídico del remolque en nuestro país.

ÉTICA, DERECHOS HUMANOS Y HOMOSEXUALIDAD

Gisela A. Oscós SAID

SUMARIO: *Introducción. I. Los homosexuales. 1. Definición, 2. Análisis de la definición. II. Etiología de la condición. 1. La homosexualidad como anomalía congénita, 2. La homosexualidad como condición adquirida. III. La actitud social ante el homosexual. 1. El rechazo social. 2. La mayoría social frente a la minoría homosexual. IV. La ética social frente al problema homosexual. V. Los actos privados del homosexual y el principio de autonomía de la persona. VI. Esferas de derechos humanos en enfrentamiento. VII. La moral religiosa. VIII. El homosexual ante los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos. IX. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Por fortuna, el concepto genérico de Derechos Humanos ha encontrado cabida en la mayoría de los sistemas legislativos del mundo occidental, no como un vocablo más, sino representando ya un cúmulo de principios, avances y logros concretos respecto de su formulación, defensa y activa promoción.

Pese a ello, aún existen situaciones que degradan al individuo, atentando contra su dignidad, autonomía e inviolabilidad; y frente a esto, comienza a surgir una nueva conciencia y empeño por lograr que toda violación de derechos humanos sea superada definitivamente.

En este siglo, escenario de vertiginosos cambios de toda índole, tecnológicos, sociales, morales y religiosos, poco o nada nos impresiona; hemos perdido nuestra capacidad de asombro y avanzado un paso hacia la indiferencia por lo que nos rodea. No obstante, aun podemos señalar con extrañeza situaciones que nos parecen anormales, antinaturales; tal es el caso de la homosexualidad, que desde que existe la humanidad ha sido considerada inmoral, ilícita o reprochable. Sin embargo, en los momentos actuales, su represión pudiera constituir una auténtica violación de derechos fundamentales.

Es cierto que muchas manifestaciones exteriores de la homosexualidad causan molestias y daños objetivos, incidiendo fuertemente en el ámbito social, pero ¿podría decirse lo mismo respecto a algunas situaciones que sólo producen "consecuencias privadas" o individual-

mente consideradas? Y de ser así, ¿podrían sancionarse o reprocharse dichas acciones, en el entendido de que realmente no vulneran valores sociales?

En las líneas siguientes, se plantea la cuestión de si existe o no un fundamento válido para sancionar aquellas conductas que no rebasan el mundo privado de quienes las cometen; la actividad sexual que no trasciende la esfera misma del homosexual, o que no daña ni ofende el mundo heterosexual, todo ello desde la perspectiva de una moralidad social y como posible problema práctico de derechos humanos.

I. LOS HOMOSEXUALES

1. Definición

Definir la condición de homosexual, ya de entrada, implica un problema, pues se han manejado una serie de conceptos de contenido diverso, sin que se haya llegado a algo definitivo. Sin embargo, con base a los resultados de las investigaciones de campo que he venido realizando sobre un número determinado de personas, así como a los datos obtenidos de la investigación del estudiante Mario Francisco Espinosa Jiménez,¹ se puede resumir que el grupo cuestionado consideró la homosexualidad humana como:

- | | | |
|---------------------------|---|---|
| a) Una anomalía congénita | { | Deformación física.
Desviación natural (?) del género humano.
Desviación antinatural del género humano, que resulta en una opción sexual diferente. |
| b) Una patología | { | Enfermedad corporal.
Enfermedad psíquica. Deformación del carácter (?) de las personas.
Problema hormonal o glandular.
Desviación de la personalidad. Desajuste emocional. |

¹ Investigación sobre el tema "Transexualismo", presentada en el curso de Iniciación a la Investigación Jurídica, 1988-1989, de la Escuela Libre de Derecho; las encuestas y entrevistas cubrieron los diferentes estratos sociales, culturales y económicos y fueron aplicadas a sujetos de ambos sexos, fundamentalmente heterosexuales.

- | | | |
|---|---|--|
| c) Un comportamiento | { | Condición inducida por el medio familiar, cultural, social, reprimido, liberal. Producto del "modernismo". Implica pérdida de valores.
Conducta por imitación en un medio abundante en erotismo, pornografía y libertinaje sexual. |
| d) Una extravagancia de los sentidos | { | Siempre es procurada e intencional. Se trata de una actividad sexual excesiva.
Búsqueda de nuevos placeres.
Vicio aprendido por voluntad o por fuerza. |
| e) Una aberración (sin dar mayores explicaciones) | { | Algo antinatural (según la religión, la moral y las ciencias).
Algo sucio, vulgar y repugnante.
Una degeneración; un peligro, un mal, algo reprobable. Una estupidez.
Perversión de la naturaleza humana.
Causa de enfermedades. |
| f) Una situación fáctica | { | Hay motivos para serlo.
Situación de hecho.
Es una desgracia.
Es una tendencia libre de algunos.
Existe y hay que ayudarlos.
Es un opción sexual diferente. |

Las anteriores opiniones son el sentir de una pequeña porción de la sociedad sobre la cuestión; pudiéndose percibir en algunas de ellas la respuesta fácil, no meditada y superficial; así como la existencia de prejuicios que dificultan el tratamiento objetivo del tema, advirtiéndose además, reticencia y animadversión en los entrevistados acerca de la materia en estudio.

Hay disparidad en cuanto a las opiniones científicas. Si unos hablan de "satisfacción específica del sexo, efectuada entre individuos de sexo homogéneo",² otros, basados en la experiencia psicoanalítica se refieren a una "desviación de la libido, respecto al objeto de las apetencias lúbricas".³

No obstante, para los fines de este trabajo, se podría definir la homosexualidad como aquella condición que implica la falta de equilibrio, considerado natural, de las apetencias sexuales del individuo; de tal forma que éste es incapaz emocional y fisiológicamente de experimentar atracción por sujetos del sexo contrario, sintiéndola en cambio por individuos de su propio sexo. Es importante recalcar que la atracción no solamente se presenta a nivel psíquico, sino que provoca una respuesta integral, orgánica, fisiológica; tal como ocurre en el caso de una relación heterosexual. Existe por tanto, una fuente única de atracción, en el auténtico homosexual, localizada en sujetos de su propio sexo.

2. Análisis de la definición

Analizando los elementos de la definición, tenemos:

a) "Condición que implica una falta de equilibrio, considerado natural". Puesto que es un estado, en este estudio, que afecta o es atribuible al género humano, y que en apariencia no altera sus cualidades esenciales. Es un elemento accidental y no constitutivo. Implica una falla en el equilibrio natural hombre-mujer, necesario para la generación de la especie. De aquí se sigue que cualquier unión diferente a la señalada a los sexos, sea considerada "anti-natural", pues es infructuosa y violenta el orden natural. Sea que la unión diversa se llegue a culminar, sea que sólo llegue a desearse, la sola experimentación de ese deseo ya implicaría un comportamiento antinatural, puesto que lo natural para un sexo es el interés por el contrario, no por el propio. No es natural, por tanto, lo que se opone a los apetitos ordinarios de la especie en general. El equilibrio natural demandaría la atracción y unión heterosexual y sólo aquella.

b) "Es incapaz de sentirse atraído, tanto emocional como fisiológicamente por individuos del sexo contrario". El punto más importante de crítica, en cuanto a la cuestión de la homosexualidad, radica pro-

² Hirschfeld, cit. por Belloni, Giulio A., "La cuestión sexual penitenciaria", en *Criminalia*, año V, marzo 1º 1940, núm. 7, p. 380.

³ Freud, Sigmund, *Una teoría sexual y otros ensayos*, Edic. Universitarias, Santiago de Chile, 1934, p. 8.

blemente en esa supuesta "incapacidad" para actuar y sentir conforme a la naturaleza del sexo que se tiene y para evitar lo antinatural. No son pocos los casos en que un sujeto homosexual puede presentar una reacción de orden fisiológico ante una estimulación heterosexual, pero no podría hablarse en este supuesto de una verdadera atracción por el otro sexo. Son conocidas las hipótesis en torno a la bisexualidad, como la posibilidad de sentir atracción y consumir relaciones sexuales con sujetos de ambos sexos. En esos casos, lo que se demuestra es que un sujeto puede responder a estímulos indistintos, pero no implica que experimente atracción, o que ésta sea del mismo grado por ambos sexos. En todo caso, podría tratarse de una respuesta transitoria y esporádica y no la habitual. La habitualidad, en los homosexuales, es experimentar atracción por seres del propio género y la incapacidad de sentirla por los de sexo opuesto.⁴

En este sentido, resulta aventurado emitir juicios en torno a la capacidad o incapacidad del homosexual en cuanto a la inhibición de sus conductas. Tratada la homosexualidad desde el punto de vista de la Escuela Psicoanalítica, y por tanto, como una alteración de la psique, se encuentra el fundamento de la aparente incapacidad del sujeto para reprimir una conducta nacida de un conflicto de la libido, que naturalmente orientada al sexo contrario, se enfrenta a una respuesta de tipo negativo (rechazo), que hace que el sujeto se refugie en sí mismo y desvíe sus apetitos a seres de su mismo sexo.⁵

Tratándose de una afección psíquica, la misma escuela ha considerado que tal "desviación" podría ser tratada y "curada".

Desde otro ángulo, la "incapacidad" haría obligatoria la remisión a la voluntad y razón del individuo para inhibir sus tendencias. La moral social y la moral de tipo religioso, demandan del sujeto la imposición de su razón, la percepción del criterio de naturalidad y de normalidad social y la opción por la heterosexualidad o la abstinencia de prácticas sexuales; de esta forma, si se aceptase la existencia de una total incapacidad para manifestar y experimentar una verdadera atracción por otro sexo distinto al propio, al menos sí podría hablarse de una capacidad para no actualizar esos apetitos, para no llevar a efecto las actividades que esa tendencia "desviada" sugiere; es decir, que a pesar de tener un sujeto la condición de homosexual, no se

⁴ Freud denomina ANFIGENOS a aquellos individuos que tienen relaciones y consideran como objeto sexual, indistintamente, a individuos de ambos sexos. (Cfr. S. Freud, *op. cit.* (3), *loc. cit.*); para A. Adler, este fenómeno es llamado "homosexualidad mezclada con heterosexualidad" (Cfr. Adler, A. *El problema del homosexualismo y otros estudios sexuales*, s.e., Ed. Apolo, Barcelona, p. 46).

⁵ Véase Freud, *op. cit.* (3).

comportara como un homosexual. Pero este tipo de capacidades de inhibición de conductas (que no de sus tendencias), que la moralidad social demanda del homosexual, no puede darse de forma fácil e inmediata. Mucho menos en el caso de que la homosexualidad tuviese su origen en una condición de tipo congénito y no en un hábito o enfermedad adquiridas.

II. ETIOLOGÍA DE LA CONDICIÓN

Para juzgar sobre la posibilidad o imposibilidad de una respuesta en este sentido, sería menester atender a la etiología de la condición, y la realidad es que no se ha definido nada, en este punto, que resulte determinante. Pudiera parecer que ésta es la parte menos significativa del problema —la cuestión del origen de la homosexualidad— y que lo realmente relevante fuera la existencia del homosexual en sí y los efectos de toda índole a que da origen su condición. Sin embargo, el tratar de determinar si la homosexualidad es un "mal" congénito o patológico, o en su caso un "vicio" adquirido, es fundamental para construir una hipótesis relativa a los derechos humanos de los homosexuales; si se admite que la homosexualidad es una condición determinada genéticamente (independientemente de que existen elementos familiares, sociales o culturales que la catalicen), podría afirmarse con mejores fundamentos que el homosexual no es un ser perverso⁶ y que si sus tendencias "anormales" significan un peligro social al "degradar" la naturaleza humana, no son intencionales ni culpables en sí mismas en principio, por lo que no puede ser visto como un "delincuente nato" o un ser que deba ser aislado o proscrito socialmente en virtud de un comportamiento al que se atribuye una objetiva culpabilidad.

De aceptarse que el homosexual, como se ha creído, no "nace", sino que se "hace" por influencia del medio, de otros homosexuales o por convicción (lo que sería una auténtica opción), aparecería siempre en el transcurso de la discusión, una sombra de ilicitud e inmoralidad

⁶ "Perversión (del latín *perversio-onis*). 1. Acción de pervertir o pervertirse. 2. Estado de error o corrupción de costumbres."

"Perverso, adj. Sumamente malo, depravado en las costumbres u obligaciones de su estado."

"Pervertir. Perturbar el orden o estado de las cosas. Viciar con malas doctrinas o ejemplos, las costumbres, la fe, el gusto, etcétera", en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 25ta. ed., México, 1985, p. 940. Puede apreciarse claramente el sentido malicioso de la inferencia de las definiciones a partir del sustantivo inicial; no extraña, por consiguiente, el sentido peyorativo que se da a la palabra "pervertido", aplicada a los homosexuales.

respecto de su comportamiento, al ser el potencial transmisor de conductas reprochables e imitables y por tanto, penalizables.

En este supuesto, se haría tangible una eventual contraposición entre dos esferas de derechos humanos que precisan ser protegidas por igual: la del sujeto homosexual y la de la sociedad que convive con aquél y teme ser afectada por su conducta amoral o anormal.

En este sentido, sería necesario plantear dos supuestos, de los que derivarían conclusiones esencialmente distintas:

1. La homosexualidad como anomalía congénita.⁷
2. La homosexualidad como condición adquirida.

Desarrollando cada uno de ellos, tendríamos lo siguiente:

1. La homosexualidad es una anomalía congénita que implica una condición en la que hay falta de equilibrio en las apetencias sexuales de un individuo,⁸ por lo cual:

⁷ Es evidente la falta de definición de la condición; no obstante, el concepto ha sufrido cambios al paso del tiempo, lo mismo que la consideración de su etiología. Desde la antigüedad se tiene noticia de la existencia de la homosexualidad, habiendo sido reprimida aún en el Antiguo Testamento (Lev. 18:22); tolerada y alentada en el mundo greco-romano, según consta en la literatura épica, lírica e histórica (Platón, Esquilo, Homero, Xenofonte, Plutarco, Aristóteles, Suetonio); rechazada en la Edad Media y en las posteriores etapas, no se intentó analizar la etiología de la condición, dándose por supuesto que se trataba de una extravagancia o perversión de las apetencias naturales. Es hasta el siglo pasado en que comienza un pudoroso interés científico por la cuestión. Esta actitud de sacar a la luz pública (con gran cautela y sonrojo) el fenómeno, propicia tímidas proclamas en favor del libre amor entre los hombres. Así, Hoëlli y Ulrichs (quien introduce el término de "uranismo" para referirse a la cuestión), plantean la necesidad del reconocimiento del matrimonio entre uranistas, "con título y derechos iguales a los del matrimonio entre hombre y mujer" (A. Moll, *Les perversions de l'instinct génital*, Georges Carré, Edit., París 1839, trad. del alemán por el Dr. Pactet, p. 52; véanse también las referencias sobre la literatura de homosexuales, pp. 50 y ss.).

Estudios sobre la "inversión sexual" se realizan en Francia y Alemania, considerándola de origen congénito (Frankel y Westphal, quien introduce el término "inversión sexual") y como psicopatía sexual (inversión del instinto sexual). Un cúmulo de autores, más superficiales, hablará de la cuestión como una manifestación esperada, debida a la decadencia de las costumbres. La tendencia médica más reciente, considera la homosexualidad como producto de determinantes genéticas que procuran alteraciones cromosómicas y hormonales entre hetero y homosexuales. (Véase Kinsey, "Hormonal Explanation on Homosexuality", en *International Journal of Clinical Endocrinology*, aug.-sept., 1957).

⁸ Se habla de una falta de equilibrio y no de indefinición de apetencias sexuales, pues esto alude a una etapa considerada natural en cualquier sujeto, en la que no ha habido concreción respecto a las inclinaciones sensuales propias de cada sexo; si la falta de definición se torna crónica, puede originar otro tipo de alteraciones en la conducta sexual, como serían los casos de transvestismo y según se sugiere, de fetichismo. (Véase, Freud, *op. cit.*, (3); Marañón, Gregorio, *La*

a) Es incapaz emocionalmente de sentir atracción por un sujeto del sexo opuesto, pese a que se lo proponga racionalmente. Su conformación genética lo "obliga" a sentir atracción por miembros del propio sexo.

b) Es incapaz, en la mayoría de los casos, de reaccionar fisiológicamente ante estímulos sensuales provenientes del otro sexo.

c) En ese supuesto, el sujeto debe imponer su racionalidad frente a la libre desenvolvura de sus apetitos, para presentar un comportamiento normal (según el criterio de normalidad de la moral dominante), esfuerzo que siempre implicará violentar su propia naturaleza.

d) Siendo congénitamente homosexual, al individuo no puede culparse de su falta de "normalidad", pues su condición es incontrolable racional y emocionalmente. El individuo sólo obedece a su propia naturaleza.

e) Las culpas en las que incurre, son construcciones derivadas de una moral social imperante y mayoritaria. Por el simple hecho de ser homosexual (de ser lo *no-normal*), está violando restricciones de tipo moral, religioso, social y hasta jurídico, independientemente de que se trate de un homosexual en actividad o inactivo.⁹

f) El sujeto, habituado desde su infancia a sentir, pensar y reaccionar según su propia naturaleza sexual, entiende que ésta es su estado natural. El individuo no percibe plenamente, sino hasta la adolescencia en la mayoría de los casos, su grado de anormalidad, sin entenderla. Le resultan distintos los comportamientos heterosexuales. Se dá cuenta que pertenece a una minoría, en relación con una mayoría social heterosexual.

g) Percibida la hostilidad del medio social con respecto a su tendencia natural, y estando en contacto con conceptos de moral social y religiosa que le han sido imbuídos desde siempre, llega a la conclusión de que su comportamiento, activo o inactivo, nunca será acep-

evolución de la sexualidad y los estados intersexuales, 2a. ed., Public. Universitarias, S. de Chile, 1935).

⁹ Por homosexual en actividad se entiende, para efectos de este trabajo, a los sujetos que, conscientes de su condición, realizan prácticas homosexuales. Son homosexuales inactivos, los sujetos que enterados de su condición, se inhiben, por las causas que fueren, de la realización de prácticas homosexuales, ya sea en la forma de abstinencia sexual o por prácticas heterosexuales.

Homosexuales potenciales, son aquellos que estando determinados genéticamente en su condición, aún no están conscientes de ello, y por tanto no realizan prácticas homosexuales.

No hay que confundir esta tipología con aquella que es común en el ambiente homosexual y que califica a los sujetos como activos o pasivos, según el rol que les corresponda en la relación homosexual. (Distinción documentada ya a fines del siglo XIX, según consta en A. Moll, *op. cit.* (7), pp. 84 y ss.).

tado, sin encontrar otra justificación para este rechazo que la falta de normalidad equiparable a la de la mayoría social.

h) Así, se verá obligada a reprimir sus tendencias o la práctica clandestina de su actividad, so pena de exclusión social, moral y religiosa. Debe mimetizarse en el medio heterosexual, e inclusive participar del señalamiento y reprobación al grupo a que pertenece, para no llamar la atención sobre sí y poder pasar inadvertido.

i) Todas estas actitudes y limitaciones del medio que lo rodea, conducen a un estado neurótico del individuo, por el que magnifica los estímulos hostiles y al mismo tiempo las respuestas a éstos.¹⁰

j) De aquí que se pretenda establecer un nexo causal entre el homosexual, la corrupción por éste de heterosexuales, y la comisión de delitos sexuales, a partir del cuadro neurótico que usualmente presentan.¹¹

Si es cierto que existe un porcentaje elevado de homosexuales inculcados por la comisión de delitos (de todo tipo, y no únicamente delitos sexuales, como se ha dado en pensar), no por ello se pudiera creer que detrás de cada homosexual se esconde un delincuente. De la misma forma, se encuentran, y tal vez con mayor frecuencia, una multitud de casos en los que el agresor, tratándose de delitos sexuales, es un sujeto heterosexual. Así, la condición homosexual no predetermina la acción delictiva.

l) La sociedad reclama del homosexual que procure su curación. Si finalmente se llega a aceptar que el homosexual nace como es, sin culpa alguna por su parte, el hecho de no querer intentar su curación o el tratamiento tendiente a ello, haría objetivable una culpa que sí puede atribuirle la sociedad. Si se parte de que la condición homo-

¹⁰ "Los psicoanalistas aplican el término 'neurosis homosexual', a un grupo de desórdenes que en su consideración, se originan en la represión de las tendencias homosexuales", James Drever, *The Penguin Dictionary of Psychology*, 13a. reimpr. revis., Penguin Books, 1978, p. 122. Trad. libre.

¹¹ Antonio Viqueira Hinojosa plantea como causas de propagación de la delincuencia homosexual, las siguientes: "a) el proselitismo realizado entre jóvenes de clase humilde (que derivan en el tipo del varón prostituido denominado policialmente "bujarrón" y "busca"), ejercido por extranjeros: invertidos, acaudalados e influyentes y ciertas celebridades artísticas, cinematográficas, teatrales, etcétera, protectoras de los que aspiran a triunfar en esas ramas, iniciándose en tal aberración; b) el narcisismo imperante en la juventud con manifestaciones transvestistas, incluso favorecido por el progresivo afeminamiento de la indumentaria masculina (desfiles de modelos varones, exhibición de peinados, etcétera)... la acción corruptora del homosexual alcanza particularmente a los menores de condición trabajadora que por la índole de sus deberes laborales —y pese a su corta edad— los realizan de forma callejera (botones, dependientes, aprendices, etcétera)... "Criminalidad Homosexual", en *Criminalia*, año V, marzo 1° de 1940, núm. 7, pp. 564 y 565.

sexual tiene un origen genético y con ello, entendiendo que el sujeto no tiene culpa alguna en cuanto a la adquisición de su condición, el paso siguiente debe ser la vuelta a la normalidad, el reajuste para comportarse como un heterosexual en una sociedad fundamentalmente heterosexual. Este "ajuste" vendría a hacer las veces de "purga" de la falta de normalidad, patentizando las intenciones honestas y de buena fe del sujeto anormal que evita seguir sus tendencias antinaturales para incorporarse a un orden natural.

Si el sujeto se negase al tratamiento curativo, surgiría definitivamente la culpa en el sentido de una moral ideal. Tendría el sujeto en sus manos la posibilidad de corregir una situación que le hace sufrir, sometiéndose a una serie de tratamientos costosos que lo van a auxiliar a inhibirse en cuanto a sus inclinaciones pero no necesariamente respecto a sus tendencias. Aún no está demostrado que por medio de un tratamiento psicoanalítico o terapéutico, un homosexual se recupere y se sienta heterosexual. Aunque se comporte y se exprese como heterosexual, no lo es realmente, puesto que no se han transformado ni corregido sus verdaderas tendencias, sólo se han reprimido.

m) El homosexual no se siente de sexo distinto al morfológico que ostenta. El varón homosexual no pretende ni anhela ser mujer; siente atracción por varones, siendo un hombre; o se siente atraída por mujeres, siendo mujer.

2. La homosexualidad como condición adquirida.

La homosexualidad consiste en una condición (que encuentra su origen en el medio, las circunstancias o alguna enfermedad), caracterizada por la práctica de actividades sexuales entre individuos pertenecientes al mismo sexo. De esta suerte, el sujeto:

a) Orgánicamente predisuesto para la unión natural entre sexos opuestos, sólo siente atracción por elementos del mismo género al que pertenece. Un condicionante externo (medio familiar, educativo, represivo, desviación psíquica, problemas endocrinológicos, imitación, coacción y opción personal), le impide experimentar los apetitos sexuales naturales.

b) Es incapaz, debido a la existencia de esas circunstancias condicionantes adquiridas (no constitutivas), de reaccionar fisiológicamente (en la mayoría de los casos) ante la estimulación sexual proveniente del sexo opuesto.

c) El sujeto, dependiendo de la etiología concreta de su condición, debe imponer en mayor o menor grado su razón frente a las tendencias adquiridas de su apetito sexual, para pasar desapercibido.

d) Al tratarse de un individuo cuyas tendencias controvierten el orden considerado como normal, su conducta es "culpable", ya sea un homosexual en actividad o inactivo, ya en el caso de que la adquisición de su condición fuese accidental o voluntaria.¹²

e) Surge la necesidad de distinguir en el caso, si la homosexualidad es una condición producto del medio, de una patología o de la convicción.

En los dos primeros casos, el individuo, nacido heterosexual, se torna homosexual en un momento que él mismo no identifica. Sus tendencias y apetencias son idénticas a las del homosexual congénito, salvo por la causa, por lo que los estados de angustia y neurosis propios de aquél le son predicables. No entiende el por qué de su anomalía, y en esencia no se siente anormal. Sus procesos de integración y adaptación son igualmente difíciles y los fingirá con la idea de pasar inadvertido. El sujeto no se integra a la mayoría sino sabiendo que es diferente a ella.

El homosexual "por opción" está bien enterado las más de las veces del carácter reprochable de sus actividades,¹³ por lo que pueden ser frecuentes los casos en que sí se presente una auténtica intencionalidad en la comisión de ciertas acciones.

En algunos casos se ha dicho que un homosexual, al analizar su condición y la conducta esperada de él, finalmente "opta" por ser homosexual. ¿Quiere decir esto que realmente tiene la facultad de optar entre ser heterosexual y no serlo?

Creo que referida la cuestión al caso de la condición genética, no hay opción. El sujeto puede decidir entre inhibirse o no, pero no puede

¹² En este apartado se pueden manejar igualmente los conceptos a los que se refiere la nota (9) (*Vid. supra*); los autores que ven la homosexualidad como derivada de un medio educativo en el que se presentan ciertos factores considerados constantes (figura paterna como foco de conflictos, represiva o ausente; figura materna dominante y acogedora al mismo tiempo; medio hostil; rechazo obsesivo del rol predominantemente masculino o femenino en la función social, etcétera, factores todos ellos cuya función catalizadora de la conducta homosexual no ha sido demostrada contundentemente), manejan igualmente la posibilidad de la falta de conocimiento del homosexual sobre su condición. (Cfr. Conger, John, *Adolescencia*, México, Harla, 1980, pp. 63 y ss.).

¹³ Es necesario hacer la aclaración, que de los más de quince homosexuales (hombres y mujeres) que he entrevistado durante un año, no he encontrado alguno que me expresase serlo "por opción". Desde luego, resultaría difícil encontrar una declaración sincera en este sentido. Pero podríamos englobar este caso a los heterosexuales que incidentalmente y por virtud de las circunstancias (reclusos, marinos, soldados, sujetos pertenecientes a comunidades cerradas y alejadas del medio heterosexual), practicasen actividades propias de los homosexuales, sin serlo en realidad; lo mismo podría decirse de quienes ejercitan estas prácticas por curiosidad o movidos por la lujuria extravagante o por dinero (prostitución).

elegir en cuanto a su tendencia natural sexual, puesto que entonces no se trataría de tal tendencia "natural".

Tratándose del caso de un homosexual derivado, producto de una patología o alteración psíquica, tal vez pudiera hablarse de opción respecto al estado sexual (es decir, por un lado, inhibirse y no recurrir a la curación; por otro, reprimir las actividades en la esperanza de una posible curación terapéutica), pero sólo en el supuesto de que realmente fuera curable su condición.

El sujeto homosexual por auténtica convicción es quien realmente optaría sobre el ámbito de sus apetencias sexuales. Se trata de un heterosexual que ha preferido la práctica de actividades homosexuales.

f) Respecto a la culpabilidad en el homosexual que se forma en un medio o que adquiere patológicamente la condición, se pueden esgrimir los mismos argumentos aludidos en el apartado 1) anterior. Un sujeto cuya situación familiar, religiosa, moral, social, le determina e informa desde la infancia, de tal manera que los impulsos de su libido se orientan hacia el propio sexo en lugar de hacerlo hacia el contrario, no tiene una culpa objetiva, en principio. Son numerosos los casos en que se refiere una crianza equívoca en la formación del homosexual, fundamentalmente en infantes varones, que son tratados o considerados como niñas, o en un ambiente predominantemente femenino; o por otro lado, los supuestos en que se imbuyen en la mentalidad infantil elementos hostiles a la figura masculina o femenina que según se dice, rompen en su perfil psíquico una serie de ligas que determinarán posteriormente su inclinación sexual natural o antinatural. Ante todo esto, realmente no se puede decir que quepa culpa en la formación de tendencias homosexuales por parte del sujeto.

g) Otro sería el caso del sujeto heterosexual que está experimentando la etapa de indefinición (*Vid. supra* nota (8), considerada normal en la adolescencia y que recibe una serie de estímulos directos e indirectos que lo inclinan hacia la homosexualidad en forma voluntaria o coaccionada. Por imitación, por curiosidad, por presiones de compañeros hetero y homosexuales, el adolescente puede iniciarse en las prácticas sexuales de este tipo. El supuesto de la culpabilidad toma otro cariz en el caso, de tal modo que si el sujeto "era" efectivamente heterosexual, según sus tendencias, e incurre en actos aislados contrarios a su condición, permanecerá en él un sentimiento de culpa por tal motivo. Muchas veces son sometidos a "chantaje" por sus compañeros de prácticas o por terceros, de tal forma que les es difícil apartarse de aquello en lo que se han iniciado. (Se trataría en realidad de un caso de "bisexualidad", es decir, de posibilidad de ejer-

citar actividades sensuales con ambos sexos, sin que esto implique una auténtica atracción por los dos al mismo tiempo).¹⁴

h) A pesar de que no se ha demostrado que la configuración homosexual sea determinada por trastornos hormonales o gonádicos, en el supuesto de que así fuera, no podría tampoco predicarse la intencionalidad en las actitudes y tendencias del sujeto pues son debidas a una alteración orgánica (curable o incurable) y por tanto, ajenas a la voluntad del mismo.

i) El caso de inversión sexual típicamente voluntario, sería el penitenciario. Ordinariamente se presenta en los reclusos de larga estadía, que privados de los medios ordinarios para satisfacer sus impulsos eróticos, son "doblemente" castigados con ello; de allí que según explican algunos penalistas,¹⁵ los presos busquen vías para desahogar su sexualidad, siendo una de ellas la práctica homosexual. Según se ha estudiado, las más de las veces el sujeto es iniciado en ello contra su voluntad y en un acto de violencia física y mental, en ocasiones público y tumultuario. En otras ocasiones el individuo es sometido lenta y gradualmente hasta que es rendido por sus compañeros, auténticos homosexuales o iniciados, como lo ha sido él. Esta situación, de innegable presencia en la mayor parte de los sistemas penitenciarios, es inevitable. Se ha pretendido eliminarla creando distintas normativas como la posibilidad de la visita conyugal; permitir la salida de algunos reclusos que reúnan ciertas condiciones; apartando a los presos de prácticas homosexuales del resto de los reclusos, o sometiéndolos a un régimen de trabajos forzosos para distraer tanto su energía como su atención.

En suma, en estos casos no podríamos hablar de una opción libre por la relación homosexual. El sujeto se ve impelido a esa práctica por sus compañeros de reclusorio o por la presión de las circunstancias. Sin embargo, el sujeto no deja de percibir que la conducta es antinatural y reprochable. No obstante, el genuino homosexual presidiario que realmente está corrompiendo a sus compañeros de reclusión para satisfacer sus necesidades, por medio de coacción física y moral y contando con la complicidad de otros, incluidos los vigilantes peni-

¹⁴ En este sentido, es oportuna la referencia que Franz Bergler hace: "La homosexualidad no es un destino determinado biológicamente, ni una incomprensible mala suerte. Es una solución inconsciente a un conflicto al cual se enfrenta todo niño." *Homosexuality*, Penguin Books, 1957, p. 27.

¹⁵ Por ejemplo, Giulio Belloni, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Jiménez de Asúa, José A. Cenicerros, Luis Marco del Pont, José Agustín Martínez, Armando Hernández Quiroz y otros, cuyos artículos sobre el tema se han publicado en las distintas épocas de las revistas *Criminalia* y *Revista Mexicana de Derecho Penal*.

tenciarios, es culpable. Las narraciones sobre los "ritos de iniciación" en las prácticas homosexuales de los nuevos reclusos, revelan una violencia y brutalidad poco comunes.¹⁶ Aquí, todas aquellas acusaciones contra el homosexual se hacen evidentes: corrupción, violencia excesiva, actos antinaturales y repugnantes, agresividad. Frente a todo esto, no pueden esgrimirse argumentos que neutralicen la intencionalidad de su autor.

j) Retomando la idea de que el estado neurótico del individuo lo envuelve en un círculo vicioso de conductas, podría decirse que la angustia crítica que le produce el medio carcelario magnifica su problema de desajuste emocional; pero eso no justifica en forma alguna su actitud corruptora.

l) Con relación al grupo de sujetos que "eligen" las tendencias homosexuales de forma experimental y lujuriosa, son bien conocidos los casos de artistas y figuras renombradas, sujetos heterosexuales en su mayoría, que han declarado públicamente haber tenido experiencias transitorias con gente de su sexo, por extravagancia o curiosidad. Claramente asumen la posibilidad del reproche social, pero lo evitan, ya sea actuando en la clandestinidad o resguardándose en un aparente prestigio personal o profesional. En estos casos se puede hablar verdaderamente de una conducta antinatural, pues no siendo efectivamente homosexuales, controvierten consciente y voluntariamente la normalidad por un capricho del instinto.

m) Finalmente, los casos de prostitución homosexual, no siempre ejercida por auténticos homosexuales. Claramente se percibe en el supuesto, la consciencia de la culpa y la intencionalidad en la función corruptora de este fenómeno. El heterosexual que se prostituye a homosexuales, está optando por esa práctica a cambio de un beneficio económico y posiblemente hedonístico.

n) El homosexual auténtico, no siente que pertenece a un sexo distinto a aquél que posee, y esto vuelve a ser predicable de los casos aquí tratados. Un varón homosexual, que es atraído por varones, se siente y asume como varón¹⁶ y no pretende dejar de serlo. No anhela

¹⁶ Aunque por mucho tiempo se han manejado ambiguamente los conceptos "perversiones o desviaciones sexuales", englobando en ellos todos los casos de variación de comportamiento sexual, ya se ha distinguido en la literatura médica entre homosexual, transexual, transvestista, bisexual, etcétera, llegándose a una mayor precisión; así, "el transexualismo se caracteriza, en el caso de una persona físicamente bien determinada, por la convicción absoluta de pertenecer al otro sexo... inspira en el homosexual el sentimiento de ser víctima de un insostenible error de la naturaleza. Se siente, según expresa, mujer dentro del cuerpo de un hombre o a la inversa... Así definido, el transexualismo se distingue claramente de homosexualidad y del tranvestismo, en los cuales, a pesar de la ambigüedad de sus

ser mujer, ni se siente preso en la conformación anatómico-fisiológica que tiene. Lo mismo puede decirse en el caso de las mujeres homosexuales.

Así el homosexual, sabiéndose hombre o mujer en su caso, no alberga dudas sobre su propio sexo. La condición se caracteriza por la atracción hacia el propio sexo y la ausencia de interés sexual por el opuesto.

III. LA ACTITUD SOCIAL ANTE EL HOMOSEXUAL

Toca detenerse en la percepción que la *moralidad social* tiene del fenómeno. La primera cuestión sobre esto sería, ¿qué es lo que reprueba realmente el grupo social respecto de la homosexualidad? Las respuestas más usuales a las preguntas "¿qué es el homosexual?", "¿qué piensa sobre la homosexualidad?" han sido sintetizadas ya en otra parte de este escrito y de ellas se puede inferir la falta de información elemental sobre la condición y más aún, la falta de interés por un conocimiento mejor documentado sobre el tema. La gente suele pensar que el homosexual es una suerte de monstruo depravado que sólo busca agredir con proposiciones o acciones deshonestas y antinaturales. Así, la homosexualidad sigue siendo un tema tabú, y si se toca de alguna forma, sólo se hace desde la perspectiva de la criminalística o la psiquiatría, lo que es verdaderamente desalentador: el problema requiere un estudio de fondo desde el punto de vista médico, precisamente por los efectos y trascendencia tan delicados del asunto. La reticencia a tratar el tema con otros argumentos, es tal vez la causa de que no se haya logrado avance en su resolución. Si finalmente la homosexualidad es resultado de una enfermedad, toca a la sociedad encontrar los medios para definirla, tratarla y ofrecer al individuo afectado un camino claro para su recuperación. De otra forma, el señalamiento de una "culpa" resulta injusto. Hay una responsabilidad compartida entre homosexual y sociedad en ese cometido. El primer paso es procurar la objetividad en el enfoque del problema, siendo ya el tiempo de modificar y ampliar el criterio con que se ha visto, tal como ha ocurrido con una serie de cuestiones escabrosas que se empiezan a superar.

Si es cierto que hay valores inmodificables y universalizables, la visión que de ellos se tiene, evoluciona a la par de las transformacio-

comportamientos, el sentimiento de pertenencia a otro sexo no existe". Linoissier, Lucien, "Le transexualisme, esquisse pour un profil culturel et juridique", en *Recueil Dalloz Sirey*, 19^o Cahier, Chronique, Paris, 1981, p. 239, trad. libre.

nes que experimenta la propia sociedad que aplica dichos valores; de esta forma, lo que en un tiempo y lugar puede ser reprochable usando argumentos realmente razonables, en otro momento y espacio deja de serlo o se suaviza su reprobabilidad. Un ejemplo de ello es la transformación de la mentalidad y la moralidad social respecto a cuestiones reales, tales como la existencia de la esclavitud, la intolerancia religiosa o la negación de derechos por razón de diferencias raciales, económicas o sexuales: el cambio social y material, conlleva una transformación de la perspectiva crítica social.¹⁷

De esta forma, es tiempo ya de que analice seriamente, dado el problema social y moral que representa, la cuestión de la homosexualidad, pues sólo enfrentándola sin ambages ni prejuicios se llegará a soluciones científicas, jurídicas y éticas respecto a su tratamiento.

1. *El rechazo social*

Podría decirse que la sociedad se siente agredida por la simple existencia de un ser cuyas tendencias sexuales no sólo no coinciden con las naturales, sino que abiertamente se contraponen a ellas, implicando un peligro por la posibilidad de ser difundidas, y con el tiempo y el relajamiento de costumbres, ser admitidas e imitadas, sin que eso provoque reacción alguna en contrario. La sociedad exige que cada individuo se comporte dentro de los parámetros determinados para cada rol social, cultural, económico, religioso o sexual que le corresponda. Respuestas comunes y tal vez irreflexivas, dadas a la pregunta "¿qué es lo que le molesta del homosexual?", son de este tenor: "que no se comporte como un hombre o mujer verdaderos", "que adopte actitudes feminoides o masculinoides", "que exhiban sin recato su condición", que el individuo normal "se siente expuesto a una agresión y, sobre todo, que el heterosexual pudiese ser confundido con homosexuales al ser visto en su compañía". Según este tipo de respuestas indica, no es necesario que la conducta homosexual provoque un mal intrínseco para ser reprobada. Podría indicar asimismo, que lo que realmente reprueba la sociedad, es la percepción de la antinaturalidad de la con-

¹⁷ El peligro que este tipo de consideraciones entraña, es el de conducir a una suerte de relativismo, al hacer depender las modificaciones del sistema axiológico y moral de una sociedad, de las transformaciones que sufre por virtud de situaciones y circunstancias individuales y temporales dentro de un contexto determinado; con esto parece que es la moral o el sistema de valores el que modifica, siendo que sólo se transforma la concepción que sobre ellos se tiene. Por tanto, la validez de esos juicios de valor no puede hacerse depender en forma directa de la transformación social.

dición en sí misma y no la posibilidad de ser agredidos en forma efectiva por los homosexuales. La culpa estribaría en *ser homosexual*, e incidentalmente, en causar daño objetivo.

Sin embargo, es innegable que las actividades de este grupo repugnan y parecen antinaturales e incomprensibles a la sociedad, no sólo por las causas anteriores. Una serie de conductas reales molestan y amenazan a la sociedad. Desde la exhibición pública e insolente de sus actitudes y sentimientos, la comisión de actos delictivos o escandalosos que ofenden el pudor y las buenas costumbres, hasta la posibilidad de transmisión de enfermedades de gravísima consecuencia. Se ha tratado de hallar en las causas de la inversión sexual, una predeterminación para lo delictuoso, con lo que se fundamentaría una acción preventiva y en su caso represiva para mantener el orden social. De esta forma, el homosexual, antes de cometer algún ilícito, ya es observado como delincuente potencial o un individuo de alta peligrosidad, ubicándosele en tres momentos distintos: antes de la comisión de un ilícito; en el momento de la comisión, y al tiempo de la imposición de la sanción correspondiente. En esa tendencia se expresa lo siguiente:

"... las disfunciones endócrinas y las perversiones sexuales, tienen un valor criminógeno cambiante con la especial situación del paciente:

a) Antes de que algún delito sea cometido, ni las disfunciones ni las perversiones llegan a constituir, por sí solas actos delictivos... inclinan a la comisión de esos actos... significan... notorios síntomas de peligrosidad, que están reclamando la debida atención por parte del grupo social.

b) Casos... en los cuales, por una exageración en la disfunción o en la perversión, favorecidos por otros varios factores criminógenos, se llega al delito. La disfunción o la perversión puede servir entonces, en muchos supuestos a lo menos, para que el juzgador rijan la apreciación y la valoración que debe haber en cada delito y en cada delincuente, según la temibilidad manifestada para elegir la clase y medida de la sanción por aplicar.

c) Llegado el momento de la ejecución de la pena, el encargado de aplicar la sanción, encontrará en las disfunciones endócrinas y en las perversiones sexuales, un elemento de clasificación que lo conducirá, tratándose de las primeras, a la adopción de especial tratamiento orientado a la curación de quienes las padecen y en referencia a las segundas, a elegir las medidas tendientes a intentar

su regeneración y a separarlos del resto de los sentenciados, normales sexuales para evitar su contaminación".¹⁸

El mismo autor se refiere a la posición que la sociedad y el estado deben adoptar frente al problema, en base a los tres momentos aludidos: antes de que el delito sea cometido, deberían intensificarse las medidas preventivas y las sustitutivas penales, tomando en cuenta los factores médicos y ambientales. Cuando se ha cometido el delito, "la perversión sexual o la disfunción endócrina, marca al juzgador elementos precisos para mover su arbitrio, no sólo en lo que mira a la cantidad de la pena, sino de modo principal en lo que hace a la especial sanción aplicable y en consecuencia a la selección del establecimiento y todavía más, de la sección de ese local que ocupará el delincuente". Respecto al último momento, "... la pena, cuando sea posible imponerla, no será aplicada en la misma forma que cuando se está en presencia de delincuentes normales sexuales. Las medidas de seguridad adquieren relevancia notoria una vez que se ha compurgado la pena. La labor del Estado, más que nunca, también debe ser dirigida a evitar los fenómenos de asociación delictuosa y de la disfunción de las perversiones sexuales".¹⁹

Como puede observarse, se tiende a considerar al homosexual como un delincuente potencial, aún antes de que intente cualquier acción en ese sentido, lo que puede no ocurrir jamás. Las medidas para prevenir los posibles daños provocados por él, son las que se tomarían contra cualquier criminal; de manera errónea se induce que un sujeto congénita o patológicamente afectado en cuanto a su conducta sexual, está determinado causalmente al delito; si bien, el homosexual puede llegar a convertirse en un delincuente (como cualquier sujeto que viola la normativa penal), no puede establecerse un nexo causal entre su condición y la delincuencia, como pretende probarse.

No hay que olvidar tampoco que gran parte de los actos que horrorizan, cometidos por homosexuales, son igualmente cometidos por heterosexuales. La prensa magnifica aquéllos, por lo que pareciera que la condición actúa como agravante en los delitos. Un homicidio, cometido por cualquiera sobre otro ser cualquiera, es un acto grave; el mismo delito, cometido por homosexuales, aparece, de hecho, como de mayor gravedad. Si el sujeto pasivo es un homosexual, como si

¹⁸ Hernández Quirós, Armando, "las Perversiones Sexuales, su proyección al área de las Ciencias Penales", en *Criminalia*, año XII, 1º dic. 1946, núm. 12, pp. 528, 529.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 533-535.

esto fuese un atenuante, la consideración de la gravedad del delito disminuye a los ojos de la opinión pública. La condición homosexual llega a tener la función de "adjetivo", que califica todas las acciones u omisiones del sujeto, trátense de actos positivos o negativos. Tener tal condición, resta dignidad y responsabilidad a la persona; así, un sujeto puede tener una vida honesta, decente y ser una persona íntegra en cuanto a su desempeño individual, personal, público... Mas si se trata de un homosexual, se le niega y descalifica el reconocimiento de sus capacidades o virtudes. Ser homosexual será el "pero" constante.

Otro aspecto que la sociedad no tolera del comportamiento homosexual, es "la manera que tienen los sujetos de exhibir" sus relaciones y sentimientos públicamente, en una actitud aparente de reto. Esto causa preocupación, pues viene a exponer la realidad de la relación entre invertidos, y ofende la moral pública, como también podría ofenderla la visión de ciertas actitudes impúdicas y consideradas inapropiadas, entre heterosexuales. Lo que varía en el caso, es la condición de las personas que exteriorizan sus muestras de cariño; por un lado, los heterosexuales, cuyo comportamiento, al ser "natural", no tiene por qué ser reprochable, pese a ser impropio; por otro, el comportamiento público homosexual, que aunque no rebasara los límites de lo "permitido", y no llegare a ser efectivamente ofensivo, es anti-natural, y con ello basta para ser doblemente molesto al pudor social.

La exhibición de este tipo de actos puede ser reprochable en todos los casos, pues implica una ofensa social por sí misma, una "imposición de la intimidad", independientemente de quién sea el que los cometa. Así, lo que la sociedad reprueba, ¿son los actos públicos e inconvenientes de demostración de afecto, o el hecho de que sean homosexuales quienes los hacen? Si es cierto que la sociedad reprueba este tipo de manifestaciones públicas por considerarlas ofensivas, obscenas o de mal gusto, parece tolerarlas mejor en el caso de que los manifestantes sean heterosexuales. Lo que en éstos puede ser impropio, en los homosexuales se vuelve imperdonable y repugnante.

De esta manera, punto por punto, es posible ver que todo lo que tiene referencia al entorno homosexual es, a la larga, calificado en forma especial, marcándose una diferencia donde no hay razones para que exista. La homosexualidad es tratada en forma despectiva y el homosexual es marginado, señalado y humillado. Basta con referir los términos usuales con los que se denomina al homosexual, desde los más "técnicos" hasta los coloquiales, para corroborarlo: pederasta, sodomita, pervertido, invertido, maricón, depravado, y otros más pro-

caces y peyorativos. El término existe en la mayor parte de las culturas, siempre revestido de una connotación mezcla de obscenidad e injuria agresiva.

Al niño se le educa con la amenaza de una posible "conversión" al homosexualismo si no cumple con lo que se le ordena o si transgrede un esquema determinado. Si el infante no domina sus miedos, o no aprende determinadas conductas, está en "peligro de convertirse en marica". Ser "mariquita" es el mayor temor inculcado en los niños, como ser "marimacho" lo es para las niñas, y sobre todo, para los padres y parientes de ambos. Es así como la primera noticia que se tiene sobre la homosexualidad, es la identificación con algo malo, vergonzoso, contagioso e infamante, y se ve al homosexual como un ser verdaderamente perverso, un mal social que hay que evitar, anular y aislar para impedir la contaminación a los seres "normales". Se pierde de vista por completo, la situación de ser humano que tiene el homosexual, dándosele más importancia a su condición sexual que a su calidad humana.

Para ello, habría que distinguir constantemente entre la condición *homosexualidad* y el *homosexual*. Si la condición puede ser considerada antinatural o repugnante por algún sector, con argumentos (emotivos o "racionales" objetables o no), no puede rechazarse de plano por ello a la *persona humana homosexual*, que, con independencia de sus apetencias sexuales, merece respeto elemental a su persona y el reconocimiento a su dignidad, autonomía e inviolabilidad; a sus derechos y libertades fundamentales como ser, cuando no daña o transgrede las libertades esenciales de los demás.

2. La mayoría frente a la minoría homosexual

Ante todo, el comportamiento homosexual, como todo comportamiento de minorías, enfrenta a una sociedad mayoritaria, retándola y, con ello, a los principios sobre los que ésta se funda; principios que han unido y fortalecido a la sociedad, de los que se ha nutrido y que ha elaborado lentamente para proyectarlos como el ideal ético a seguir, a partir de juicios de valor que han pretendido probar su eficacia y razón de ser en diferentes momentos. De cara a este reto, la sociedad aparece como la parte que puede resultar más perjudicada. Los valores sociales, arduamente gestados y logrados —la sociedad en sí— representan en el enfrentamiento, el bien jurídicamente tutelado de mayor jerarquía. De esta manera, si fuese necesario el sacrificio de una de las dos partes, habría razones para que la minoría sucumbiese ante la mayoría.

IV. LA ÉTICA SOCIAL FRENTE AL PROBLEMA HOMOSEXUAL

El cómo se ha formado esa moral social, puede ser demostrativo de la clase de juicios éticos que propone como válidos. Si se trata de una sociedad basada en una ética de tipo autoritario, en la que los valores proyectados derivan del convencimiento que un grupo dirigente tiene sobre la calidad y bondad intrínseca que aquellos plantean, y en consecuencia, del beneficio que aparejarían a la sociedad tomada en su conjunto (excluyendo el punto de vista de individualidades concretas), nos encontramos ante un auténtico monopolio en la elección de valores; que sacrifica los puntos de vista individuales en aras del bien de la colectividad; así lo que es recomendable o rehusable, es determinado en forma definitiva por un grupo que asume la calificación de los valores bajo la justificación incontrovertible del bien común. "La Ética Autoritaria niega formalmente la capacidad del hombre por saber lo que es bueno o malo; quien dá la norma es siempre una autoridad que trasciende al individuo. Tal sistema no se basa en la razón ni en la sabiduría, sino en la autoridad y en el sentimiento de debilidad y dependencia del individuo. La entrega de las decisiones del sujeto a la autoridad, es el resultado del poder mágico; ella y sus decisiones no pueden ni deben objetarse. Materialmente o en relación con el contenido, la Ética Autoritaria resuelve la cuestión de lo que es bueno o malo considerando, en primera instancia, los intereses de la autoridad y no los del sujeto; es un sistema de explotación, del cual, no obstante, pueden derivar consideraciones benéficas, psíquicas o materiales del sujeto".²⁰

De esta forma, las concepciones éticas de los individuos aparecen como si hubiesen sido tomadas en cuenta y sumadas entre sí, incorporándose a las de la sociedad en conjunto, formando un todo integral. Pero realmente no ocurre así. Dentro de la perspectiva ética autoritaria, el principal escollo para la "integración" de un concepto de moralidad colectiva, lo constituye la exigencia moral del individuo aislado, pues pulveriza y puede desestabilizar esa supuesta cohesión de principios que conforman las directrices éticas del grupo social dirigente. "Los derechos individuales constituyen por definición, restricciones a la persecución del bien común y si la satisfacción del bienestar colectivo fuera el único parámetro para juzgar instituciones y medidas sociales, los derechos serían vacuos y superfluos".²¹

²⁰ Fromm, Erich, *Ética y psicoanálisis*, F.C.E., México, 1952, p. 22.

²¹ Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Argentina, edit. Paidós, 1984, p. 37.

La persona humana individual, bajo el enfoque de una ética autoritaria, se diluye dentro del todo social, deja de ser tomada en cuenta y sólo aparece como integrante de la maquinaria principal. Así el hombre pasa a ser el accidente del *ser-en-sí* sociedad. Se le niega la capacidad elemental de calificar y decidir qué es lo bueno y lo malo, imponiéndosele estas nociones y creándole una falsa convicción en ellos para que adecue su ideal personal de vida a un ideal programado heterónomamente.²²

Bajo ese supuesto, la actitud de las minorías o la del hombre individual, precisamente por su carácter de no participantes de los juicios del todo social, son tomadas como actos que intencionalmente pretenden desestabilizar aquél, al poner en entredicho la autoridad dirigente, lo que ésta no puede permitir. "La rebelión es el pecado imperdonable de la Ética Autoritaria, al poner en duda el derecho de la autoridad para establecer normas y su axioma de que las normas establecidas por la autoridad están a favor de los máspreciados intereses de los sujetos. Aunque una persona peque, su sometimiento al castigo y su sentimiento de culpabilidad le restituyen su "bondad" porque de ese modo expresan su aceptación de la superación de la autoridad".²³

El autoritarismo ético se ha diversificado en dos vertientes —perfeccionismo y proteccionismo—, tendientes a la consideración limitativa de la autonomía individual en la elección de un grupo de valores por el Estado, en vista de que éste puede englobar y determinar los medios para una planificación de vida benéfica o para asegurar al sujeto contra los actos y opciones que le pueden ser dañinos o desventajosos.²⁴

²² "Los fundamentos de nuestra capacidad para diferenciar lo bueno y lo malo, se establecen en nuestra infancia, primero en relación con funciones fisiológicas y después en relación con asuntos más complejos de la conducta. El niño adquiere un sentido de distinción entre lo bueno y lo malo antes de conocer la diferencia por medio de su razonamiento. Sus juicios de valor se forman como resultado de las reacciones cordiales u hostiles de las personas que ocupan un lugar importante en su vida... 'bueno' es aquello por lo cual uno es alabado; 'malo' aquello por lo cual uno es reprendido o castigado por las autoridades sociales o por la mayoría de las gentes. El temor de desaprobación y la necesidad de aprobación parecen ser en verdad los más poderosos y casi exclusivos motivos del juicio ético. Esta intensa presión emocional impide al niño y posteriormente al adulto, inquirir a manera de crítica si lo 'bueno' en un juicio significa bueno para él o para la autoridad", Fromm, *op. cit.*, (20), pp. 22 y 23.

²³ *Ibidem*, p. 24.

²⁴ "...[el perfeccionismo]... sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede a través de distintos medios dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores"

Frente a estas posturas, se alza una ética cuya percepción del individuo y de su autonomía racional, conlleva una estructuración de una moral más humanitaria; que no cae en el relativismo, sino que conduce a la elaboración de normativas adecuadas a la naturaleza del hombre por fundamentarse precisamente en ella, y que establece una moralidad idónea, pues "... las normas morales se basan en las cualidades inherentes al hombre y ... su violación origina una desintegración mental y emocional".²⁵

"[La Ética Humanista]... formalmente se basa en el principio de que sólo el hombre por sí mismo, puede determinar el criterio sobre virtud y pecado y no una autoridad que lo trascienda. Materialmente se basa en el principio de que "lo bueno" es aquello que es bueno para el hombre y "malo" lo que le es nocivo; siendo el único criterio de valor ético, el bienestar del hombre".²⁶ "La Ética Humanista... es antropocéntrica... los juicios de valor [del hombre]... radican en las peculiaridades de su existencia y sólo poseen significado en relación con ella... el hombre es verdaderamente, "la medida de todas las cosas".²⁷

Retomando la pregunta inicial sobre qué es realmente lo que la sociedad reprocha de la homosexualidad, se tendrían que encarar los elementos fácticos del fenómeno (un daño objetivamente causado a los individuos o a la sociedad), y un elemento más difuso de moralidad, prevaleciente aunque no se lesionaren efectivamente las esferas individual y social.

Refiriéndose a este mismo aspecto —el origen del reproche social—, Carlos S. Nino opina que, en el caso del consumo de drogas, aunque no fuera nocivo en sí, sería reprobado moralmente por la sociedad, como reacción ante una incorrección moral, y tal reacción hostil "... está posiblemente asociada a un ideal de excelencia personal que forma parte de nuestra cultura occidental y que exalta, por un lado, la preservación de nuestra capacidad de adoptar y llevar a cabo decisiones, en contraste con una autoinhibición en tal sentido, y que enaltece, por otro lado, la adquisición de experiencias "reales", a través de nuestras propias acciones, en contraste con el goce de experiencias

"...[el paternalismo]... estaría dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afecten sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles", Nino, *op. cit.* (21) pp. 21 y 142, respectivamente.

²⁵ Fromm, E., *op. cit.*, (20), p. 19.

²⁶ *Ibidem*, p. 24.

²⁷ *Ibidem*, p. 25.

"artificiales" que no se corresponden con nuestra actuación en el mundo".²⁸

Si esto es cierto, el criterio moral equipararía la homosexualidad con una forma artificial de realizar un plan de vida. Por el contrario, la inhibición de tales apetencias sexuales, implicaría una actuación en contacto con la realidad. Así, ante la perspectiva social se sumarían dos razones para repelar moralmente al homosexual: la eventual causación de un daño objetivo a la sociedad, y la comisión de un acto de autodegradación moral, por la simple existencia de la "condición antinatural"; siendo ambos argumentos bastantes para justificar la intervención social y jurídica, orientadora hacia un comportamiento ideal social.

Sin embargo, en el caso de que hubiera ausencia de lesión a la sociedad y no se amenazara objetivamente a los valores colectivos, ¿de qué manera se justificaría la reprobación moral contra los homosexuales?, ¿la sola consideración de que el homosexualismo es un acto antinatural que produce una autodegradación moral es suficiente para ello? Desde luego que con este tipo de cuestionamientos no se pretende decir que la moralidad o inmoralidad no son tomadas en cuenta al momento de elaborar cualquier normativa. Lo que se está planteando es que deben reubicarse las situaciones que aquí se señalan para ver si penetran al campo propio del derecho o de la moral. Así, en cuanto el comportamiento homosexual tenga una vertiente externa, en la que se dañen o puedan dañarse valores de terceros, entrarán en juego las consideraciones sociales, morales y jurídicas de la sociedad para evitarlo. Pero si la acción homosexual no trasciende el campo personal o privado, no supera la esfera del individuo y, por esta misma razón, no causa un daño objetivo, ni lesiona la esfera de otros, ¿hay razón objetiva y fundada para repeler al sujeto y reprocharle?

En otras palabras, ¿se reprueba al homosexual por lo que pueda *hacerle* a la sociedad o por lo que pueda *ser* o *hacer* a sí mismo, o a otro con su pleno consentimiento, sin trascender esa esfera particular? La sociedad a través de la moral social no reacciona de manera hostil ante cualquier sujeto; sólo ante aquellos que han incumplido la normativa social, moral o jurídica; aunque también puede reaccionar en tal forma frente a sujetos cuyo comportamiento haga presumir razonablemente, la mera posibilidad de tal contravención en algún momento aunque no llegare a actualizarse jamás. En ese caso, la hostilidad sería injusta, pues no tendría razón de ser. Sólo se trataría de

²⁸ C.S. Nino, *op. cit.* (21), p. 256.

un sentimiento y, como toda reacción de bases emocionales, podría carecer de explicación racional.

Supongamos que no hubiere forma alguna de detectar externamente la homosexualidad (pese a que se han descrito una serie de "claves" y comportamientos "clásicos" que supuestamente identifican a los homosexuales: afeminamiento, sensibilidad, timbre de voz, forma de caminar, delicadeza, destreza en el baile y en las artes, etcétera,²⁹) de tal suerte que sólo se pudiera saber que alguien lo es, si así lo confiesa o lo sabemos de fuente veraz. No tendríamos manera de saber quiénes de los que nos rodean son efectivamente homosexuales. Y no cambiaría en absoluto nuestra actitud hacia ellos. Es decir, los trataríamos permanentemente como heterosexuales, como individuos *normales*. Tal vez pudieran pasar años de contacto continuo en una relación de cualquier tipo (profesional, informal, amistosa, cotidiana, de parentesco) que se desarrollaría normalmente. Probablemente encontraríamos en la persona, virtudes y defectos que no la harían diferente en lo esencial del resto de la gente que frecuentamos. En lo elemental, nuestro trato con ella no sería distinto al que reservamos a cualquier ser *como nosotros*. Sin embargo, si de pronto nos enteramos, después de un lapso corto o largo, continuado o esporádico de tratarle, que el sujeto es homosexual, ¿cuál sería nuestra reacción? ¿qué se ha modificado en la relación? Si no ha habido durante todo ese tiempo actos de agresión o de corrupción hacia nosotros, o hacia cualquiera; si no ha habido tentativa de irrumpir en otras esferas de derechos y valores motivando daños, ¿se ha transformado algo esencial en la relación por el mero conocimiento de que se trata de un ser con comportamiento y tendencias sexuales diferentes a las nuestras? ¿algo

²⁹ Véase la curiosa y exhaustiva descripción que sobre el homosexual y sus supuestas costumbres, actitudes y rasgos "predominantes" elabora A. Moll en su estudio sobre las perversiones del instinto tanto femenino como masculino. [*Op. cit.* (7)]. Un buen número de homosexuales entrevistados, negaron que el afeminamiento sea indicio de homosexualidad; al contrario de lo que se suele pensar, el homosexual masculino tiene frecuentemente actitudes y aspecto muy varoniles: "Se creyó durante mucho tiempo, y aún merece fe este concepto entre algunos sectores no advertidos, que al homosexual masculino lo caracteriza el amaneramiento en su porte y los rasgos feminoideos de su físico. Hoy día sabemos que la inmensa mayoría tiende a un narcisismo natural, al cultivo del desarrollo muscular y a agruparse en "gangs" de "supermachos", provistos de chaquetas de cuero y raudas motocicletas". (Rivas Larralde, Eduardo y E. Quintero, "Homosexualismo. Su endocrinología y psicopatología" en *Criminalia*, año XXXIV, núm. 1, enero 1968, p. 39). Este tipo de caracterizaciones tampoco es concluyente. Lo mismo puede decirse de la lesbiana, a quien se ha considerado de maneras viriles y rudas, siendo que puede ser de una exquisita femineidad.

nuevo y repugnante ha surgido que amerite el repudio a esa persona y a su conducta, respecto de la relación que guardaba con nosotros?

Desde luego, queda claro que hay una serie evidente de casos en los que la conducta homosexual es nociva y lesiona derechos de terceros, derechos sociales. Es innegable que las actividades homosexuales nos desconciertan y nos parecerán antinaturales e incomprensibles en una reacción que puede ser descrita como "humana". De poco servirían argumentos que tratasen de neutralizar esa actitud, sobre todo si el prejuicio hubiera arraigado y lo justificáramos por una animadversión "natural o normal" de heterosexual frente a homosexual. El tratar de admitir un enfoque diverso a la cuestión, facilitaría llegar a formas más concretas y equilibradas de solución a este problema.

V. LOS ACTOS PRIVADOS DEL HOMOSEXUAL Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA PERSONA

Sin embargo, no todos los actos de homosexuales son de la incumbencia social, pese al desagrado que nos provoquen. Un buen número de actividades homosexuales se inician y agotan en un ámbito que no hiere ni toca esferas ajenas, y que muchas veces pasan inadvertidas. Estos actos, que no ofenden, pues no son conocidos, ¿deben ser proscritos y señalados como prohibidos o como moralmente no admisibles?

Pese a que diversas normativas clasifiquen como anormales, antinaturales y aberrantes las prácticas homosexuales, éstas sólo podrían limitarse en el caso de que realmente dañasen valores de terceros; tal como ocurre en el caso de actividades heterosexuales que perturben igualmente las esferas de derecho de otros. "Hay ciertamente actos sexuales antisociales que deben ser reprimidos; pero al lado de ellos, hay también un gran número de comportamientos eróticos no lesivos para otras personas que, sin embargo, son castigados. . . son esas disposiciones legales, las verdaderamente nocivas, por que no distinguen los pecados privados y los delitos públicos. . . ellos no funcionan para salvaguardar a las personas y evitar los delitos, sino para imponer normas morales, que se suponen pedidas por el público; no obstante, el término "moral pública" es absolutamente engañoso porque, a lo sumo, representa el sentir del intérprete de la ley, quien lo proyecta a la comunidad".³⁰

³⁰ Alzate, Helí, "La sexualidad y la ley", en *Estudios de Derecho*, Fac. de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de Antioquia, año XXXVIII, 2a. Época, mayo-septiembre 1976, núms. 89-90, pp. 160 y 161.

Si se siguen estrictamente ciertas prohibiciones de tipo moral, muchas de las actitudes y costumbres del mundo heterosexual deberían ser reprimidas; y lo son, cuando se exteriorizan y trascienden al campo social, ofendiéndole o lesionando valores. Pero si estas conductas "prohibidas" en el exterior se practican en el interior, en un mundo privado, ¿puede reprimirse? En otras palabras, se trata aquí de "...la controversia acerca de si la mera inmoralidad de un acto constituye una razón para que el derecho interfiera con él...".³¹ Si existen una serie de hábitos personales, inofensivos para otros por un lado, y por el otro, razones de moralidad pública (que no necesariamente consisten en la prevención de lesiones a terceros) tendientes a restringir esas conductas, ¿cuál de los dos ámbitos debe ser sacrificado por el otro?; para decirlo de otra forma, ¿puede tomarse la reprobación de esa conducta privada homosexual como un medio para alcanzar la perfección moral de la sociedad (con lo cual, contradiciendo el principio kantiano, estaríamos considerando a la persona (homosexual) como un *medio* y no como un *fin* en sí misma, al no respetar sus propios fines)?

De lo que se está hablando aquí es del principio de autonomía de la persona, que junto con los principios de inviolabilidad y dignidad de la sustancia humana, son el fundamento moderno de los derechos humanos. La autonomía en este sentido, implica la posibilidad de autoimponerse fines de vida, en virtud de la capacidad y racionalidad propias del individuo; "...siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos), no deben interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución".³²

Frente a una postura que facilite el desenvolvimiento de la autonomía de las personas, se levantan posiciones paternalistas o perfeccionistas. Según un enfoque paternalista, el Estado, garante de los individuos, los protege de acciones provenientes aún de ellos mismos que pueden serles nocivas, pues de permitir las, podrían obstaculizar el plan de vida de *cada individuo*, sin que él lo supiera. Así, el Estado o el grupo social, reprueba las acciones de homosexuales en el entendido de que, más que servir de garantía al grupo, protege y conduce al individuo a la realización de sus "genuinos intereses".

³¹ Nino, *op. cit.*, p. 133.

³² *Ibidem*, p. 135.

Sin embargo, esto se opone a un principio de tipo liberal elemental, condensado por John Stuart Mill, que "... consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto, sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano".³³

Dicho principio conlleva los corolarios siguientes: "... hay una esfera de acción en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás, es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos. Cuando digo a él mismo, quiero significar, directamente y en primer lugar...".³⁴ Finalmente, "... en una palabra, es deseable que en las cosas que no conciernen primariamente a los demás, sea afirmada la individualidad".³⁵

Desde la perspectiva perfeccionista, impedir las tendencias homosexuales implicaría una actitud acorde al objetivo legítimo del orden jurídico: lograr y alcanzar formas de vida perfectas y normalmente intachables. Con ello, volvería a sobresalir el fin común de la sociedad sobre el fin individual del hombre, convirtiéndose éste, de nueva cuenta, en medio para el logro del fin establecido por una moral ideal (para cuya conformación según se ha visto, pudo ser definitiva una

³³ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, pról. Isaiah Berlin, 4ta. ed., Madrid, Alianza, 1984, pp. 65 y 66.

³⁴ *Ibidem*, p. 68.

³⁵ *Ibidem*, p. 126.

ética autoritaria o humanista). El peligro latente de una posición de este tipo es el de fundir las funciones de legislador y moralista en una sola persona, que pretende conformar y diseñar la moral ideal sin tomar en cuenta, necesariamente, los fines que los individuos consideran válidos.

VI. ESFERAS DE DERECHOS HUMANOS EN ENFRENTAMIENTO

Como quiera que se enfoque la cuestión, lo cierto es que todo conduce a enfrentar dos esferas distintas de derechos fundamentales:

a) Los derechos de la sociedad, afectada o en posibilidad de serlo por la existencia del homosexual. Una sociedad que tiene derecho a protegerse, defenderse y llevar a cabo un ideal armónico común; que señala los elementos que, en su seno, le son lesivos y que dispone la forma en que deben ser tratados, aislados o sancionados.

Una sociedad que no puede intervenir lícitamente en el desenvolvimiento individual de cada una de sus partes, sin violar sus respectivos derechos, más que para evitar la restricción de las libertades o los derechos de terceros.

b) Los derechos del homosexual —que no de la "homosexualidad"—, que corresponden en dignidad, autonomía e inviolabilidad a los de cualquier persona humana. Para este efecto es irrelevante que el homosexual ejerza una opción sexual diferente y que la sociedad sancione positiva o negativamente sus conductas. Se trata de un ser humano en lo esencial, con igual derecho a la realización de un plan de vida, en cuanto no sea lesivo a los demás; que tiene derecho a un trato que no haga diferencia o distinción en lo referente a las cualidades primordiales de los seres humanos; que tiene derecho a ser tratado con igual dignidad y respeto; que tiene derecho y es acreedor de la sociedad, en lo que respecta a la ayuda y colaboración para gozar y lograr las mismas oportunidades que pretende el resto del género humano; que tiene derecho y puede exigirlo de la sociedad, a ser considerado un fin en sí mismo, y no un simple medio para la perfección social.

¿Cuál de estos niveles de derechos humanos es más importante? En condiciones ordinarias, ambos lo son. En situaciones-límite, la máxima dilucidadora sería la inhibición de acciones dañinas a terceros. Esto podría dar lugar a que, en ciertas ocasiones, los derechos preponderantes fuesen los sociales frente a los minoritarios; y en otras, se impusieran los derechos del homosexual frente al reproche social.

No debe perderse de vista que finalmente todo homosexual es un ser humano. Como tal, debe reconocérsele un marco de derechos y principios que emanan de su condición humana y no de sus preferencias sexuales. Pensar de otra forma implicaría dar por hecho, que los derechos fundamentales se reconocen en función del mayor o menor apego a una "normalidad" predominante o una moral social, lo que no puede ser cierto, pues vaciaría por completo el concepto de derechos humanos.

Esto tampoco nos constriñe a aceptar o respaldar la homosexualidad, lo que resulta no sólo difícil, sino impensable para un heterosexual tal vez con la misma dificultad que representa para un homosexual pensar como heterosexual.

Creo que no hay argumentos que apoyen o defiendan la homosexualidad, porque es una condición fáctica de difícil control. Finalmente, la homosexualidad es, se le apruebe o no. Existe como desviación o desequilibrio del instinto sexual, por causas que aún habrá que investigar para el mejor tratamiento de los seres afectados por ella.

Sin embargo, el homosexual es persona, con derechos y libertades, que necesita ser reconocido como tal y respetado frente a una serie de situaciones difíciles, aunadas a una condición de la que él no es responsable. El trato degradante que recibe desde siempre, sea cual sea su relación con el medio que lo rodea, las restricciones de las que es objeto, tanto en lo que respecta a su conducta externa como a la interna, violan en muchas ocasiones el estatuto de principios y derechos que le corresponde por su calidad de ser humano. La humillación y marginación al homosexual, motivan la agravación del problema y no ofrecen solución alguna.

VII. LA MORAL RELIGIOSA

Al seguir caminos paralelos en ciertas ocasiones, es presumible que la moral social y la moral religiosa hayan coincidido respecto a la perspectiva de la homosexualidad en la mayoría de las culturas. Sabido es que religiones tan antiguas como el judaísmo y el islamismo proscriben la práctica del homosexualismo (sodomía o pederastia) tanto en sus Textos Sacros como en la práctica misma. Por fuentes indirectas es posible deducir que en las religiones orientales opera la misma prohibición, tanto respecto de la condición, como en lo que concierne a sus practicantes.³⁶

³⁶ Véase, p. ej., Mishima, Yukio, *Confesiones de una máscara*, 10a. reimpr., México, Planeta, 1988.

En las décadas 50 y 60, se realizaron diversos estudios e informes relativos a diferentes aspectos de la sexualidad individual y social, tanto de hombres, como de mujeres, niños, adultos o ancianos; elaborados por instituciones privadas o públicas de países cuyo nivel cultural era considerado elevado: el informe Kinsey y el informe Wolfenden;³⁷ éste último recoge los puntos de moralidad social y religiosa más descolantes de su época, provenientes de diversas fuentes. En una de sus partes, el *Informe del Comité sobre Ofensas Homosexuales y prostitución, presentado ante el Parlamento por el Secretario de Estado, por el Departamento del Interior (Gobernación) y por el Secretario de Estado por Escocia, por orden de su Majestad*, de septiembre de 1957, llamado Informe Wolfenden, cita las posturas tanto de la Iglesia Anglicana como de la representación católica ante la comisión; ésta última se expresa de la siguiente manera: "El Estado no debe entrometerse en el campo privado de la vida, sino actuar simplemente como el defensor del bien común. Actos moralmente malos, mientras no afecten el bien común, no deben preocupar al legislador humano. El pecado, como tal, no importa al Estado, pero afecta las relaciones entre el alma humana y Dios... Cualquier intento del Estado de extender su autoridad e invadir la conciencia individual, por muy noble que sea su intención, siempre fracasará y frecuentemente ocasiona bastante daño".³⁸

El sector anglicano consultado respondió en sus conclusiones de forma similar: "Recomendamos, de acuerdo con esto, que la conducta homosexual entre adultos que consientan a ello en lo privado, no deba ya ser considerada como criminal".³⁹

Queda claro que el principio es separar los campos de manera que los actos consensuales practicados por sujetos adultos en forma privada, queden sometidos a una moral interior, y sólo que trasciendan este ámbito pudieren ser vistos como nocivos social y jurídicamente.

La *Declaración "Persona Humana" sobre algunas cuestiones de ética sexual*, del 29 de diciembre de 1975, dada en Roma por la Congregación para la Doctrina de la Fé y firmada por el Secretario de la misma, Monseñor Jerónimo Hamer, trata la cuestión de la homosexualidad desde un punto de vista en apariencia tolerante: "...estas personas homosexuales deben ser acogidas... con comprensión... su

³⁷ Me fue imposible obtener dichos textos, por lo que recurro a fuentes secundarias de referencia. Informe Wolfenden, citado por Donald J. Cantor en "La Desviación sexual ante la ley penal", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 3a. Época, núm. 1, enero-febrero 1965.

³⁸ *Ibidem*, p. 143.

³⁹ *Loc. cit.*

culpabilidad debe ser juzgada con prudencia. Pero no se puede emplear ningún método pastoral que reconozca una justificación moral a estos actos, por considerarlos conformes a la condición de esas personas. Según el orden moral objetivo, las relaciones homosexuales son actos privados de su regla esencial e indispensable".⁴⁰

En un documento que le sucede, la *Carta a los obispos de la Iglesia Católica sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*, se condensa la posición de la Iglesia respecto a este asunto. Por ello haré cita de varios fragmentos del documento, firmado por el Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fé, Monseñor Cardenal Joseph Ratzinger y aprobada por el Papa Juan Pablo II: "La posición de la moral católica está fundada sobre la razón humana iluminada por la fé y guiada conscientemente por el intento de hacer la voluntad de Dios, nuestro Padre. . . La Iglesia está en condición no sólo de poder aprender de los descubrimientos científicos, sino también de trascender su horizonte. . . en aquella Declaración. . . [se refiere a la "Persona Humana"] . . . se subrayaba el deber de tratar de comprender la condición homosexual y se observa como la culpabilidad de los actos homosexuales debía ser juzgada con prudencia . . . la Congregación tenía en cuenta la distinción comúnmente hecha entre condición o tendencia homosexual y actos homosexuales. . . estos últimos. . . actos que están privados de su finalidad esencial e indispensable, como "intrínsecamente desordenados" y que en ningún caso pueden recibir aprobación. . . , en la discusión que siguió. . . se propusieron unas interpretaciones excesivamente benévolas de la condición homosexual. . . hasta el punto que alguno se atrevió incluso a definirla indiferente, o sin más, buena. Es necesario precisar por el contrario, que la particular inclinación de la persona homosexual, aunque en sí no sea pecado, constituye sin embargo una tendencia más o menos fuerte, hacia un comportamiento intrínsecamente malo desde el punto de vista moral. Por este motivo, la inclinación misma debe ser considerada como objetivamente desordenada. . . [los homosexuales]. . . cuando se empeñan en una actividad homosexual, refuerzan dentro de ellos una inclinación sexual desordenada, en sí misma caracterizada por la autocomplacencia".⁴¹ ". . . también en las personas con tendencia homosexual se debe reconocer aque-

⁴⁰ "Declaración 'Persona Humana' sobre algunas cuestiones de ética sexual", en *La Educación Sexual*, 2a. ed., Editora de Revistas, S.A. de C.V., México, 1986, p. 163.

⁴¹ *Carta a los obispos de la Iglesia Católica sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*. Congregación para la doctrina de la Fé, Roma, 1º de octubre 1986, J. Ratzinger, prefecto, s.p.i. folletos E.V.C., pp. 4 y 7.

lla libertad fundamental que caracteriza a la persona humana y le confiere su particular dignidad. Como en todo conversión del mal, gracias a esta libertad, el esfuerzo humano, iluminado y sostenido por la gracia de Dios, podrá permitirles evitar la actividad homosexual. . ." ⁴²

Como es evidente, la Iglesia Católica distingue entre homosexualidad y homosexual, y parece considerar a la condición como ajena a la intencionalidad del individuo homosexual; no obstante, considera culpable al homosexual reincidente en el despliegue de sus conductas. Llama la atención que la Iglesia se refiera a las conductas de homosexuales como "desordenadas" y no como "anormales", lo que necesariamente alude a criterios de valor o de mayorías. Sin embargo, el homosexual, que tiende a la religión en busca de orientación y consejo frente a la enorme desazón que le provoca el descubrimiento de su condición, se encuentra con que sus tendencias son consideradas "malas" y aunque no constituye un pecado, su comportamiento, a más de ser rechazado por la sociedad, es mal visto aún por la Iglesia, a la que ha acudido en busca de consuelo o explicación.

VIII. EL HOMOSEXUAL ANTE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE RECONOCEN LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien en México la homosexualidad no es considerada un delito, el homosexual entra en la perspectiva del Derecho Penal al convertirse en sujeto pasivo o activo de un delito cualquiera o sexual. La homosexualidad también representa un problema en el orden penitenciario, pues como se ha dicho, es una cuestión presente en el ambiente carcelario. Sin embargo, pese a que en nuestro país existe una real discriminación y se observan tratos que degradan al individuo homosexual (en el ambiente cotidiano, en la prensa, en la picardía peyorativa y coloquial; en los medios laboral y profesional, en que, según se dice, un heterosexual menos capacitado tiene más perspectivas de ascenso y de trato preferencial que un homosexual calificado; en fin, en todos los medios y niveles de la sociedad), no se ha llegado a caracterizar al homosexual como un delincuente formal (aunque pase por ello, materialmente). En otras legislaciones (sobre todo en la mayor parte de las existentes en los Estados Unidos), y en diversos tiempos: la homosexualidad y las actividades homosexuales han tenido un pa-

⁴² *Ibidem*, pp. 10 y 11.

pel protagonico en la normativa penal; como delito o como ofensas contenidas en diversas reglamentaciones.⁴³

En la actualidad y a partir del reconocimiento hecho ya hace dos siglos a los derechos fundamentales del hombre, es posible hablar de los derechos de ciertas minorías, al menos en el papel.

1. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, hace referencia en sus artículos a la libertad e igualdad como derechos naturales e imprescriptibles del hombre, recalando que las únicas distinciones socialmente admisibles, son las que se basan en la utilidad común (artículo 1º); definiendo la libertad como "... poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos", límites sólo señalables por la ley. La idea continúa en el artículo 5º, "la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad...".⁴⁴

2. La Declaración de 24 de junio de 1793, que no llegó a entrar en vigor, es más específica y se refiere a la felicidad común como la meta de toda sociedad (artículo 1º). En su artículo 3º se señala la igualdad de los hombres por su naturaleza y en el 5º se dice, "... los pueblos libres no conocen otros motivos de preferencia, en sus elecciones, que las virtudes y los talentos...".⁴⁵

3. Ya en este siglo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que en reciente fecha celebrábamos su cuadragésimo aniversario, se refiere en su Preámbulo a que, "... Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado... su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombre y mujer... [y se han comprometido]... a asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre...". En sus artículos sintetiza los derechos de libertad e igualdad de dignidad y derechos (artículo 1º; correspondiente al 2º en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP); 2º y 5º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC)); de igualdad, sin dis-

tinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición (artículo 2.1 DUDH; 2.3 PDCP, y 3º PDESC); el derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona (artículo 3º DUDH, 6º PDCP); la prohibición a torturas, penas o tratos degradantes (artículo 5º); igualdad legal y derecho a igual protección, aún contra toda discriminación o provocación a la discriminación (artículo 7º; 6º PDCP); prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, familia, domicilio, correspondencia, honra o reputación de las personas (artículo 12º; 17è PDCP); derecho al libre pensamiento, la libre conciencia o la religión (artículo 18º; 18º PDCP), y finalmente, el reconocimiento de los deberes del individuo frente a la comunidad y el establecimiento de que "... en el ejercicio de los derechos y el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". (artículo 29.1).⁴⁶

4. Similares disposiciones contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, como se ha hecho notar. Ambos pactos hacen énfasis en la protección a la familia como el elemento natural fundamental de la sociedad que requiere mayor protección por parte de la sociedad misma y del estado (artículo 23 PDCP); 10 y 11 del PDESC). El artículo 27 del PDCP se refiere a la protección de ciertas minorías, en las que no se incluye a grupos de prácticas sexuales distintas, sino sólo a las étnicas, religiosas o lingüísticas.

El artículo 2 del PDESC, reconoce el derecho a un óptimo nivel sanitario, tanto físico como mental. Ambos pactos, en sus artículos número 5º, prescriben que ninguna disposición de los respectivos pactos puede interpretarse para entender que se conceden derechos a estados o individuos para "emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".⁴⁷

5. Tanto la Convención Europea de los Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950), como la Carta Social Europea (Turín, 18

⁴⁶ Transcrita en *Ibidem*, pp. 243 a 249.

⁴⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha, transcritos en *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*, op. cit. (44), pp. 250 y ss.

⁴³ Véase Cantor, op. cit. (37), pp. 128 y ss.

⁴⁴ Transcrita en *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*, edic. preparada por Gregorio Peces-Barba, Universidad Complutense, Madrid, 1973, pp. 87 a 89.

⁴⁵ Transcrita en *Ibidem*, pp. 90 a 94.

de octubre de 1961) se refieren a la necesidad de reconocimiento de derechos elementales sin distinción de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, ascendencia nacional o de origen social; la prohibición de tratos degradantes o inhumanos; el respeto a la vida privada, estableciéndose la prohibición de "la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional... la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás (artículo 8º Convención de Roma)".

La Carta de Turín, debido a la naturaleza social de los derechos que proclama, hace gran hincapié en la protección genérica a ciertos grupos, así, "7. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los cuales están expuestos... 11. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional... 13. Toda persona desprovista de suficientes recursos tiene derecho a la asistencia social y médica"; plasmando en sus artículos 11, 12, 13 y 15 los derechos a la protección a la salud, a la seguridad social, a la asistencia social y médica y el derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación y a la readaptación profesional y social, respectivamente.⁴⁸

6. Finalmente, tanto la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 7 de abril de 1970), reconocen los derechos fundamentales a que se ha hecho referencia. La primera, en sus artículos 1º, 2º, 5º, 11º, 28º y 29º. En estos dos últimos se refiere concretamente a que "los derechos del hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" y toda persona tiene el deber de convivir con las demás, de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.⁴⁹

La segunda, en su artículo 11º dice: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene

⁴⁸ Carta Social Europea en *Ibidem*, pp. 335 y ss.

⁴⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, *Ibidem*, pp. 360 y ss.

derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques".

En el artículo 12º, respecto a la libertad de conciencia y religión, se refiere en el punto 4, a que "los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".⁵⁰

Puede observarse, a la luz de todo lo anterior, que si bien no hay una referencia específica a la condición homosexual en los diferentes instrumentos de derecho internacional que reconocen los derechos humanos, se protege o se hace referencia a una serie de supuestos o de libertades específicas que sí pueden ser tocadas o violadas por diversas conductas de la sociedad respecto a aquéllos. No puede alegarse frente al homosexual, que debido a su condición deba ser tratado en forma diferente, ni aún preventivamente. Hacerlo así, sería otorgarle un trato eminentemente desigual que violaría los derechos a que se ha hecho mención. De la misma forma, en los cuerpos señalados, se considera un derecho fundamental la provisión de recursos médicos para todos aquellos que lo requieran, a manera de poder disfrutar por igual de condiciones sanitarias y de salud mental y física. Si las investigaciones en torno a la homosexualidad llevan a la conclusión de que realmente se trata de una patología o una condición de tipo congénito, la sociedad debe auxiliar médicamente al homosexual y en ese sentido, el solo intento de hacer investigaciones científicas y médicas en busca de la verdadera naturaleza de la homosexualidad, sería una forma de dar satisfacción a la exigencia de un derecho fundamental. Si realmente fuera posible la curación de la condición, al tratarse de un trastorno psiquiátrico, dichos tratamientos deberían ser accesibles al "enfermo" no sólo en cuanto a tecnología y desarrollo, sino en cuanto a su aspecto económico, pues las terapias de este tipo suelen ser no sólo largas y complicadas, sino sumamente costosas. Así, a pesar de que un individuo homosexual estuviese de acuerdo en "curarse", poco podría hacer si esto le resultara incosteable.

Es evidente la consideración de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona en los documentos antes citados. En base a ellos, es menester reconocer que la persona humana, con independencia de una serie de cuestiones accidentales que no la determinan en lo esencial, como pueden ser su condición y su tendencia sexual, amerita el respeto y consideración de sus libertades y derechos fundamentales, en tanto no invada o dañe la esfera de libertades y derechos de terceros. Es ese el supuesto de los homosexuales inocen-

⁵⁰ Convención Americana de los Derechos del Hombre, *Ibidem*, pp. 375 y ss.

tes en cuanto a otras imputaciones. Por tanto, a menos que lleguemos a admitir que ser homosexual entraña en sí mismo un pecado social, lo que no puede ser admisible con fundamentos razonables, no hay motivo para que sea tratado ni considerado como un delincuente o un ser diferente esencialmente a los demás.

Mientras el homosexual, como cualquier otro ser, no cometa actos agresivos contra los demás, no puede ni debe ser señalado o proscrito, y mucho menos humillado pues con ello se estarían violando sus derechos esenciales de respeto a su dignidad, libertad e igualdad.

IX. CONCLUSIONES

1. La homosexualidad es una condición que afecta la elección de las apetencias de un individuo. El individuo afectado por esta condición es un ser humano. Por tanto, hay que diferenciar entre la condición y el ser que la padece.

2. El homosexual es un ser no diferente a los demás, puesto que su esencia no reside en sus apetencias sexuales, sino en su dignidad, autonomía, inviolabilidad, naturaleza racional, libertad.

3. El concepto de "normalidad" es distinto para la mayoría social y para el homosexual. Para la primera implica la unión obligada hombre-mujer; para el segundo, por efectos de su condición, es la unión entre sujetos de un mismo sexo, por lo que no percibe su *anomalía* ni su *culpabilidad* en principio.

4. Si la conducta "anormal" del homosexual provoca perjuicios a la sociedad, debe ayudársele activamente a evitarla. Esto no se logra por medio de la proscripción o la humillación social, sino señalando los derroteros médicos a seguir y facilitándole la "rehabilitación" por medios accesibles.

5. El homosexual, como toda persona que no inflige daños objetivos a la sociedad, debe ser tratado en consideración a su naturaleza humana, y guardando la perspectiva de los derechos esenciales reconocidos a todo ser.

6. En el caso de que el homosexual viole las esferas de terceros, debe vérselo como a cualquier sujeto que transgrede un orden jurídico, social o moral y tratársele en igualdad de circunstancias, haciendo a un lado toda clase de calificativos que tiendan a diferenciarle. Si el homosexual delinque, este hecho no lo hace acreedor a un trato distinto al que se le reserva a cualquier otro transgresor del orden. Pero previa a la comisión de un delito o un acto objetivamente ofensivo, su condición no puede juzgarse *a priori* como objetivamente perniciosa.

7. Si los actos del homosexual no dañan esferas ajenas, la injerencia heterónoma restrictiva podría violar, a su vez, los derechos fundamentales de aquél.

8. Todo acto que tienda a la marginación o trato degradante del homosexual, sin que medie una lesión por aquél de derechos o libertades de la sociedad, es una represión de sus derechos o libertades esenciales.

UNA APROXIMACIÓN A LA PEDAGOGÍA JURÍDICA

José Manuel VILLALPANDO CÉSAR

SUMARIO: *Introducción. 1. Enseñanza Superior y Pedagogía Jurídica. 2. El objeto de la enseñanza del derecho. 3. Su orientación. 4. Su contenido. 5. Su finalidad. 6. Su organización. 7. Su método. 8. Hacia una nueva Pedagogía Jurídica.*

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función docente me ha motivado a incursionar en el estudio y el análisis de la Pedagogía Jurídica, puesto que estoy convencido de que la enseñanza del Derecho no se agota con la simple, e inicuá muchas veces, participación del maestro. Con esta idea elemental, he podido avanzar en la búsqueda de los fundamentos y principios que sustentan a la enseñanza del Derecho, llegando a la conclusión primera de que ésta posee propósitos mucho más elevados que los que pueden vislumbrarse en la cátedra cotidiana, como maestro o como alumno, ya que estos últimos son quienes quizá menos alcanzan a percibir lo que realmente se persigue en una escuela o facultad dedicada a la impartición de la ciencia jurídica. Definitivamente, no se enseña por el solo afán de enseñar; hay objetivos, orientación, contenido y finalidad de la enseñanza del Derecho, elementos todos ellos conceptuales que nutren y dan vida al quehacer educativo.

Bajo estas premisas he desarrollado el presente ensayo, que pretende inscribirse dentro de la nueva corriente doctrinal que postula la existencia y la necesidad de la Pedagogía Jurídica, como una rama independiente de la ciencia jurídica que versa específicamente sobre su enseñanza. De hecho, la Pedagogía Jurídica ha existido siempre, desde que el Derecho se enseña, pero sólo hasta recientemente se le ha considerado como materia de reflexión y de sistematización, para que deje de ser la natural e improvisada acompañante de la labor educativa.

El método seguido en esta aproximación a la Pedagogía Jurídica, ha sido la revisión detallada de las aportaciones que se han hecho en esta

materia, a través de un gran número de autores prestigiados, considerando y valorando sus opiniones a la luz de las teorías pedagógicas que ofrece la ciencia de la educación, para proponer finalmente las posibilidades y perspectivas que personalmente avizoro para tan importante cuestión. No se trata de inventar algo novedoso, sino de recoger lo que considero, desde mi punto de vista, lo más valioso de las ideas y del pensamiento de juristas y pedagogos, en cuanto son aplicables a la imagen y proyección que me he formado de lo que debe ser la enseñanza del Derecho.

1. ENSEÑANZA SUPERIOR Y PEDAGOGÍA JURÍDICA

Nunca está por demás hablar de educación. A lo largo del tiempo, el ser humano se ha preocupado por formarse, por aprender, por alcanzar toda clase de conocimientos, y esta acción natural e incesante tiene por finalidad el perfeccionamiento del hombre individualmente considerado, para así avanzar al logro de una sociedad compuesta por hombres "educados" en el más alto sentido de la palabra. La educación es uno de los grandes temas que importan a todos por igual, —nadie está ajeno a los problemas y retos que plantea la educación—, pero sobre todo, resulta obligada su referencia a quienes participan de alguna manera en el proceso educativo, sean maestros, alumnos o autoridades. Tomar posiciones, manifestar ideas, establecer claramente posturas con respecto a la educación es un compromiso que deben asumir todos aquellos que tienen la posibilidad de ejercer su actividad en el medio educativo, a cualquier nivel, puesto que estamos hablando de una actividad humana quizá la más trascendental de todas. Debemos opinar sobre la educación, pero asumiendo la responsabilidad que ello implica.

La problemática educativa se manifiesta con especial aspereza en lo que se ha denominado enseñanza superior, la que se imparte en las universidades, politécnicos y escuelas y centros especializados. Aquí, las discusiones y las polémicas se vuelven inagotables ya que se quieren aplicar las teorías pedagógicas más disímbolas, y lo más grave, ya que ahora aparecen ideologías y consideraciones políticas que no caben en el campo estrictamente educativo, pretendiéndose convertir a la enseñanza superior en un factor de poder político y social que, desde mi punto de vista, desvirtúa la misión original y básica de la educación superior.

En esta situación se encuentra actualmente la enseñanza del Derecho, que ha visto afectada su fundamentación tradicional ante el acoso de las nuevas corrientes de pensamiento que inmiscuyen en los planteamientos de tipo pedagógicos, válidos en sí mismos, razones de orden político apoyadas en ideas que nos son ajenas y que, además, ya han sido superadas por el simple transcurrir del tiempo, perdiendo en el caso mexicano, las posibles justificaciones que pudieron haber tenido. Éste es el motivo por el cual es conveniente volver a analizar el concepto de lo que es la enseñanza del Derecho, estudiando nuevamente su finalidad, su orientación, su contenido, su objeto, su organización y su método, todo ello tomando en cuenta las aportaciones que en este campo han existido, pero sin olvidar las perspectivas que ofrece la realidad. El Derecho, considerado como uno de los mayores logros de la humanidad, merece que su enseñanza contemple precisamente la bondad de sus elevados fines.

Quizá una de las deficiencias más notorias en la teoría de la enseñanza del Derecho, es que sus concepciones y su instrumentación se encuentran alejadas de la pedagogía, la ciencia de la educación, y esto ha sucedido porque quienes tienen en sus manos la educación de los futuros profesionales del Derecho, han creído que por el simple hecho de ser ellos connotados juristas, miembros relevantes de la comunidad de abogados, ya con esos merecimientos se puede enseñar Derecho. Y así no sólo se imparten clases, sino que se organizan planes y programas de estudio, se crean nuevas escuelas y facultades, y también, se llega al extremo de querer forjar nuevos abogados con finalidades profesionales totalmente contradictorias, pues existen ya desde quienes se preparan para ser abogados de empresa, hasta quienes se consideran redentores de la sociedad en vías de un socialismo que ya nunca llegó. La formación de los abogados mexicanos ha sufrido en los últimos años estos problemas, y todo por la improvisación que de su educación se ha hecho, por la falta de conocimientos pedagógicos, y por la nula noción y conciencia de lo que es y de lo que significa ser profesional del Derecho.

Empecemos por afirmar algo que parecerá obvio: la enseñanza del Derecho debe darse en una institución de enseñanza superior. Sin embargo, la pregunta obligada es ¿qué debe entenderse por enseñanza superior?, a la que puede agregarse otra más: ¿Cuáles son los fines de la enseñanza superior? De las respuestas que se den a ambas interrogantes, se puede partir para iniciar la aproximación a la Pedagogía Jurídica anunciada en el título de ese ensayo, ya que si hay un común

acuerdo en que el Derecho debe impartirse en este tipo de instituciones, debemos pues enmarcar el estudio de su enseñanza en los resultados que arroje la investigación que, de tipo pedagógico, se haga sobre este particular.

Así, un destacado pedagogo mexicano, *Francisco Larroyo*, opina que "visto verticalmente el sistema educativo, la enseñanza superior ocupa los más altos sitios: es una enseñanza impartida en los últimos pisos del edificio educativo. . .",¹ pero la enseñanza superior tiene elementos que la diferencian de otros tipos y niveles educativos, pues agrega a la mera función de enseñar, otra muy importante, la de la creación y la investigación, "...la enseñanza superior no sólo es enseñanza *stricto sensu*, o lo que es más exacto, los altos niveles de decencia traen consigo otro señalado carácter sin el cual el enseñar se debilita y se marchita, terminando por agotarse. Los niveles de la enseñanza superior requieren para mantenerse, la investigación creadora, el descubrimiento."² y así se puede entender que en resumen, "la enseñanza superior es, por principio, comunicación. Se mantiene gracias a un doble movimiento: Producción e información."³

La enseñanza superior, por esencia, se imparte en las universidades, instituciones que hacen posible esa doble combinación de esfuerzos de la cultura de manera fluida, directa y sin limitaciones. La universidad ha sido definida acertadamente por *Agustín Basave Fernández del Valle*, quien señala que es "...la institución de estudiantes y profesores que por la docencia y la investigación se ordena a la contemplación de la verdad, a la unidad orgánica del conocimiento, al cumplimiento de las vocaciones personales, y a la preparación de los profesionales necesarios para la realización del bien común",⁴ y considera que algunas de las características fundamentales que debe tener una universidad así planteada, de primera clase, lo son la formación de "...hombres superiores por su capacidad técnica, su cultura y su conducta; (así como el desarrollo de) ... la inteligencia, la iniciativa, la independencia de juicio y un patriotismo profundo, racional e ilustrado...".⁵

¹ Francisco Larroyo, *Pedagogía de la Enseñanza Superior*. 2a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1965, p. 28.

² *Ibidem*.

³ Francisco Larroyo, *op. cit.*, p. 31.

⁴ Agustín Basave Fernández del Valle. *Ser y Quehacer de la Universidad*. 2a. ed., México, Ediciones Promesa, S. A., 1983, pp. 437-438.

⁵ *Idem*, p. 412.

En un ambiente universitario como el aquí descrito, es donde debe enseñarse el Derecho, y tiene que ser así, puesto que estamos frente a uno de los más altos valores de la humanidad, que ha cifrado sus esperanzas en la realización plena de la justicia, la que sólo se alcanza a través del Derecho. Si los hombres que han de ser los abogados del futuro reciben su educación fuera de este marco universitario de ideas y de principios, difícilmente estarán en posibilidad de luchar denodadamente por la justicia; serán sí, excelentes negociadores de empresas, funcionarios públicos comprometidos con sus partidos, o hasta líderes sociales envueltos en peligrosas aventuras, pero no podrán nunca conocer y entender a la justicia y al derecho, como partes integrantes y fundamentales de la cultura humana, de una cultura actuante y viva que no se concreta a figurar en la ley escrita ni tampoco a agotarse en un discurso en la plaza pública. La enseñanza del Derecho es pues determinante para el futuro de la humanidad, ya que como ha dicho *Rogelio Sotela Montagne*: la función esencial del derecho en todo sistema de vida, hace del problema de su enseñanza una cuestión de suma trascendencia, en términos de que de los principios que la inspiren y de los sistemas que se utilicen para ese efecto, dependen esencialmente el estricto cumplimiento de los mandatos jurídicos, el entendimiento pacífico entre los hombres, y la conservación de la paz y la justicia sociales".⁶

Afortunadamente, la teoría de la enseñanza del Derecho ha recibido actualmente un gran impulso. Las universidades y escuelas profesionales que cuentan con esta carrera profesional, han visto con inquietud los avances técnico-pedagógicos que se aplican en otras disciplinas del saber, y se han interesado por hacer lo propio en el campo de la educación jurídica. Sin embargo, no se ha avanzado mucho, y sólo se han realizado tímidos intentos por incorporar los principios pedagógicos, que muchas veces han fracasado debido principalmente por una parte a esa improvisación de la que ya hablábamos, que se muestra nítidamente en la celosa defensa de la enseñanza tradicional del derecho, y por otra, a la incursión de métodos y formas revolucionarias que han atentado contra la esencia de lo que puede ser considerado como la finalidad de la enseñanza del derecho. Es decir, nos encontramos ahora en medio de la disyuntiva que plantean las dos maneras como se

⁶ Informes de la I. Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, celebrada del 26 al 30 de abril de 1959, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. IX, enero-junio de 1959, núm. 33-34, UNAM, p. 354.

enseña el Derecho en la actualidad, que parecen incompatibles a primera vista, pero de las cuales es posible extraer beneficios que redunden en la formación profesional de los abogados. Estamos de acuerdo con *Rogelio Sotela Montagne* cuando afirma que "...la enseñanza del derecho debe revisar sus principios rectores, sus sistemas de enseñanza y su forma de organización, y abandonar los sistemas basados exclusivamente en el interés profesional..."⁷

A lo largo de este ensayo se observará la presencia constante de esas dos maneras de la enseñanza del derecho, mismas que contienen elementos dignos de considerarse, pero que también poseen, a mi juicio, errores y equivocaciones que trascienden a la mera formación de los alumnos, repercutiendo en su desempeño profesional al haber sido educados conforme a determinados principios sobre lo que "debe ser" la profesión. La enseñanza del Derecho tiene hoy en día una importancia capital, y de ella ya se han empezado a preocupar los juristas. Así, una nueva rama del conocimiento jurídico acaba de abrirse: la Pedagogía Jurídica, de la cual incluso existe una primera aproximación conceptual, fruto de la reconocida labor desarrollada por *Héctor Fix-Zamudio*, quien considera que "...podemos hablar de una metodología o técnica de la enseñanza y aprendizaje del derecho, que abarca todos los aspectos relacionados con los instrumentos adecuados o eficaces para difundir los acontecimientos científicos del derecho, su debido aprovechamiento por aquellos que pretenden obtener los conocimientos que pueden encerrarse dentro de la disciplina que se ha denominado pedagogía jurídica",⁸ lo cual significa, en pocas palabras, que ya hay proposiciones concretas para efectuar actividades reflexivas serias sobre la realidad de la enseñanza del Derecho, sobre su experiencia y sobre su destino.

Por nuestra parte, podríamos aportar una definición provisional de lo que debe entenderse por Pedagogía Jurídica, diciendo que es aquella parte de la ciencia del Derecho que se encarga de su enseñanza, ofreciendo una visión teórica y aplicaciones prácticas, a través del análisis de su finalidad, de su orientación, de su contenido, de su objeto, de su organización y de sus métodos, de tal manera que se alcance la perfección individual del abogado que garantice su actuación social. La Pedagogía Jurídica tiene pues, materia propia de reflexión, ofrece

⁷ *Ibidem*.

⁸ Héctor Fix-Zamudio. *Problemas de la Metodología del Derecho*, p. 91. Ensayo incluido en la obra de Jorge Witker V., *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho*, UNAM, 1976.

rigor inquisitivo respecto del conocimiento que trata de lograr, y constituye una doctrina conceptual y explicativa de la enseñanza del Derecho, pero al mismo tiempo, permite derivar de ella las acciones operantes, eminentemente prácticas, que ofrecen la garantía de la seguridad en su proceder, toda vez que se apoyan en su carácter científico, y que constituyen lo que podría llamarse técnica de la enseñanza del Derecho o Didáctica Jurídica.

2. EL OBJETO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

El primer problema al que debe enfrentarse la Pedagogía Jurídica, es el relativo al objeto de la enseñanza del Derecho. Es decir, debe plantearse con toda claridad los fines que se persiguen al brindar una educación jurídica. La enseñanza del Derecho se imparte no a entes inanimados o a personas que ejecutarán un trabajo mecánico y repetitivo, sino a seres humanos que efectuarán una labor eminentemente intelectual y volitiva, y por ello, la Pedagogía Jurídica debe responder a la interrogante de saber la clase o el tipo de hombres que quiere formar a través de la enseñanza del Derecho. Al constituirse una escuela o facultad destinada a la enseñanza del Derecho, ésta debe contar entre sus fundamentaciones y motivaciones las que se refieren al modelo de hombres que desea educar para incorporarlos a la sociedad, y esta decisión básica es en sí misma un requisito pedagógico sin el cual no podría crearse una institución educativa válida ante la sociedad, puesto que, como opina *José Manuel Villalpando Nava*, "toda institución escolar, cualquiera que sea su grado o su tipo, tiene un objetivo de formación que se propone realizar en cada uno de los educandos... considerado el objetivo de la formación como la meta a cuyo logro contribuirá el conocimiento adquirido..."⁹ y si esto ocurre en todos los niveles educativos, los destinados a impartir enseñanza superior están aún más obligados a realizar el ejercicio conceptual de definir la finalidad de la educación que se piensa ofrecer. Así, *Agustín Basave Fernández del Valle*, señala que "cada universidad tiene que plantearse, previamente, qué tipo de hombre pretende formar..."¹⁰

Las escuelas y facultades de Derecho deben plantearse este problema, considerándolo como el primero y fundamental, y de cuya res-

⁹ José Manuel Villalpando Nava, *Didáctica*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1970, p. 97.

¹⁰ Agustín Basave Fernández del Valle, *op. cit.*, p. 423.

puesta dependerá el carácter que se imprimirá a la acción educativa, formadora de hombres que poseerán las calidades, las cualidades y hasta los defectos que se deriven directamente del objeto propuesto para la enseñanza del Derecho, y todo ello debido a que, tal y como lo explica *Ralph W. Tyler* "educar significa modificar las formas de conducta humana. Tomamos aquí el término conducta en su sentido más amplio, que comprende tanto el pensamiento y el sentimiento como la acción manifiesta. Vista así la educación, resulta claro que sus objetivos son los cambios de conducta que el establecimiento de enseñanza intenta obtener en sus alumnos...".¹¹ Entonces, del objeto que se determine para la enseñanza, dependerá directamente no sólo la formación personal, sino la actuación profesional de los hombres que egresen de las escuelas de Derecho, compromiso ineludible que reclama por ello de una consciente y razonada reflexión. Las escuelas o facultades de Derecho asumen esta responsabilidad ante la sociedad, y deben responder a ella, pues son las directamente responsables de las conductas inculcadas en sus egresados.

Los juristas se han preocupado por este problema pedagógico, y se cuenta con valiosas aportaciones respecto a lo que debe ser el objeto de la enseñanza del Derecho. Sin embargo, al ser el Derecho una ciencia social, las respuestas a esta inquietud son variadas, y dependen en gran medida de las ideas personales de quienes manifiestan su opinión. No hay unanimidad en cuanto a los postulados, pero sí es posible encontrar elementos comunes en casi todas las apreciaciones expresadas sobre este particular. Existe una constante perfectamente clara: la enseñanza del Derecho busca educar a un cierto tipo de hombres, pretende prepararlos para ejercer una profesión, y toda la acción educativa gira alrededor de este punto, o sea, el formar al ser humano en el Derecho. Así, por ejemplo, para *Anibal Bascuñán Valdés*, "...la facultad... de derecho fija sus objetivos en: la formación e información, directa, sistemática y activa, de las sucesivas generaciones de hombres de Derecho y en su perseverante acción para que la colectividad toda recepcione y siga la conciencia y la práctica jurídica",¹² mientras que para *Darío Benavente*, "las facultades de derecho tienen por finalidad... la formación de hombres de Derecho, con conocimientos adecuados, satisfactoria capacidad técnica y sólida

¹¹ *Ralph W. Tyler, Principios Básicos del Currículo*. Buenos Aires, Editorial Troquel, S. A., 1973, p. 11.

¹² *Informes de la I Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, op. cit.*, p. 269.

formación ética".¹³ Otras interesantes aportaciones son la de *Dennis Martínez Irizarry*, quien opina que "la tarea de la enseñanza del derecho es educar juristas capaces de realizar el estado de derecho tanto en el ambiente nacional como internacional; tanto en el ejercicio de la abogacía, como en el papel de legisladores, jueces, funcionarios de gobierno, diplomáticos, investigadores, y profesores",¹⁴ o la de *Salvador Mayorga Orozco*, quien afirma que "el objetivo inmediato de las facultades de derecho, es la enseñanza científica y práctica del derecho, formando abogados con preparación básica integral que les capacite para ejercer la profesión con eficiencia, y el objetivo mediano o final es la formación de cultivadores de las ciencias jurídicas, investigadores, profesores y especialistas que fomenten el progreso de la ciencia del derecho",¹⁵ o como la vertida por *Rodolfo Mezzera Álvarez*, al expresar que las facultades de Derecho tendrán como función la "...preparación de profesionales con una adecuada cultura jurídica y social, una satisfactoria capacitación técnica y una sólida formación ética".¹⁶

Hay coincidencias importantes en las anteriores definiciones de lo que debe ser el objeto de la enseñanza del Derecho. Se habla en todas ellas de que el jurista que egrese de las aulas debe tener conocimientos suficientes, estar bien preparado, ser capaz y eficiente, contar con moralidad y ética profesional y, además, que siempre estará en relación con la sociedad en que vive, ante la que debe mostrar su valía profesional. Todos estos objetivos son dignos de consideración, y deben ser tomados en cuenta al definir el objeto de la enseñanza del Derecho. El ideal en estas aportaciones lo constituye la formación de juristas conscientes y poseedores de conocimientos, de probada moralidad, defensores de los más altos valores de la humanidad, y sobre todo, responsables ante la sociedad en la que prestan sus servicios profesionales.

Sin embargo, es posible encontrar una definición más sencilla de lo que es el objeto de la enseñanza del Derecho. Para *Gustavo R. Velasco* "el objeto central de la carrera que nos ocupa es enseñar derecho o, más concretamente, la profesión de abogado",¹⁷ que atiende sólo al

¹³ *Idem*, p. 286.

¹⁴ *Idem*, p. 316.

¹⁵ *Idem*, p. 330.

¹⁶ *Idem*, p. 337.

¹⁷ *Gustavo R. Velasco, La Preparación del Abogado*. Conferencia publicada por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Conmemoración del XXV Aniversario de su fundación*. México, Editado por la Barra Mexicana, 1948, p. 26.

aspecto formal de la definición buscada, sin pretender otorgarle ningún contenido especial ni calificarla de manera alguna, y únicamente centrándose en la inmediata y primera finalidad que se persigue al enseñar Derecho, y que es precisamente eso, enseñar el Derecho, opinión que puede contraponerse a otras que conceden mayor relevancia al objetivo ideológico de la enseñanza del Derecho, como la apuntada por *Jorge Witker V.*: "Postulamos que debe fijarse como objetivo genérico en las facultades, formar un abogado apto para el cambio social y el desarrollo, vinculado o sensibilizado en los grandes asuntos colectivos",¹⁸ la que reafirma al señalar que "es indudable que la misión de las facultades de derecho será la de crear un abogado con una visión dinámica del fenómeno jurídico, dotado de las herramientas intelectuales que le permitan enfocar así todo el orden normativo, poniendo su saber al servicio de la comunidad y ofreciéndole siempre nuevas perspectivas".¹⁹ Por supuesto, el riesgo de asignar a la enseñanza del Derecho un objetivo de tipo ideológico, es que depende de la formación personal de quien lo postula, de sus ideas y pensamientos, que muchas veces pueden no estar acordes con la realidad y con lo que se exige de los abogados. El caso mexicano es ilustrativo, puesto que si bien hubo una época (1970-1988) en la cual resultaban válidas estas apreciaciones, debido al populismo político de tintes socializantes que imperaba, ahora, en 1989, la situación ha cambiado radicalmente, y sería necesario replantear la finalidad de la enseñanza del Derecho a la luz de los acontecimientos más recientes, que han determinado para México una nueva perspectiva política y económica en la cual los abogados habrán de actuar. Quizá por esta razón la definición objetiva y formal proporcionada por *Gustavo R. Velasco*, conserva su vigencia, puesto que no ha perdido actualidad, manteniendo su exacta connotación sin que factores de orden externo la modifiquen.

Aceptando que el objeto de la enseñanza del Derecho es, volvemos a repetirlo, enseñar el Derecho, debemos ahora referirnos al destinatario de esa enseñanza, o sea, el sujeto que recibe la enseñanza jurídica, el que ha sido llamado de diversas maneras: abogado, jurista, licenciado en Derecho, pero que, no importando su denominación, tiene la distinción de ser, una vez egresado de las escuelas o facultades de Derecho, un "... hombre instruido en derecho, o más concretamente,

¹⁸ Jorge Witker, V. *Técnicas de la Enseñanza del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Editorial Pac, 1985, p. 115.

¹⁹ *Idem*, p. 116.

En esta definición, que también se refiere exclusivamente al aspecto que ha obtenido el grado académico para ostentarse como tal...".²⁰ formal de la profesión, el abogado o el jurista no posee ninguna otra calidad adicional a la mera fórmula de haber cumplido con los requisitos señalados para poder acceder a la consideración de abogado. Es decir, quien obtenga el título profesional después de haber recibido una educación jurídica en alguna escuela o facultad de Derecho, puede ser considerado ya como jurista, sin necesidad de ninguna otra caracterización que lo habilite o lo predisponga para ejercicio profesional.

Y esto es importante señalarlo, porque si el objeto de la enseñanza del Derecho es eso mismo, el resultado último de esa enseñanza debe ser la generación de hombres conocedores del Derecho. Si el objetivo de la enseñanza contuviera algún elemento adicional de tipo ideológico, pragmático, de conciencia de clase, o de compromiso político, naturalmente el resultado sería que los egresados de centros educativos jurídicos con finalidades así determinadas, tendrían necesariamente que definirse como conocedores de un Derecho basado en ideología, pragmatismo, conciencia de clase, compromisos políticos o cualquier otra etiquetación que se pudiera incluir dentro de la finalidad de la enseñanza. Situaciones similares, fácilmente se observa, serían sumamente nocivas para la sociedad, puesto que la enseñanza del Derecho estaría sujeta a manipulaciones y contradicciones, tan cambiantes y diferentes como las que podrían darse de una escuela a otra, dependiendo de la ideología que profesasen, o simplemente, por el paso del tiempo, que obligaría a aceptar modas y actitudes sencillamente porque es lo usual en un momento dado. La enseñanza del Derecho debe tener por finalidad en todas las escuelas o facultades la propia impartición de la ciencia jurídica, sin calificación alguna, lo cual no impide que sus egresados, seres humanos con aspiraciones e ideas, adopten credos, compromisos o posiciones y actúen conforme a tales, ni que se inhiba la libertad de cátedra o de investigación.

Lo anterior reviste gran trascendencia debido a que si bien la enseñanza del Derecho en en sí misma su propio objeto, no necesariamente los egresados de las escuelas o facultades se dedicarán al ejercicio de la profesión. El objeto, pues, es enseñar el Derecho, no generar profesionales que ejercerán el Derecho, ya que, como indica *Gustavo R. Velasco*, "... es un hecho que los estudios jurídicos no tienen una

²⁰ Gustavo R. Velasco, *La Preparación del Abogado*, op. cit., p. 25.

tunidades de ocupación. La reflexión nos indica que se cursa derecho para tres actividades, de abogado, de juez y profesor de derecho, y además para ingresar a la administración pública, a la diplomacia, a la política o como preparación para los negocios o la vida en general",²¹ aunque existen quienes piensan, como irónicamente lo señalan *Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturi*, al decir que "...una facultad de derecho sólo debe preocuparse de formar magistrados, abogados y notarios; el producto secundario de esta facultad, el graduado mediocre, deficiente, encontrará otras ocupaciones, función pública, enseñanza...".²² Sabido es que la educación jurídica proporciona una amplia visión de mundo, de las condiciones sociales y económicas, del pensamiento universal, y que es una estupenda preparación para la vida cultural. ¿Cuánta gente no concemos que cuenta con el título profesional de abogado y sin embargo se dedican a otras actividades con éxito, reconociendo la formación intelectual que les brindó el Derecho?²³ Esta circunstancia real y presente, fortalece aún más la idea de que el objetivo de la enseñanza del Derecho es implemente eso mismo.

Pero además, quien cuente con una educación jurídica, aunque no se dedique al ejercicio profesional, jamás deja de ser considerado como abogado o jurista, y puede, en cualquier momento, ejercer la profesión para la que fue preparado, para la que recibió la enseñanza del Derecho. Así, al decir que al egresado de las escuelas o facultades de Derecho, a quienes han recibido esta enseñanza, debe denominársele jurista, *Rafael de Pina* opina que "...el abogado es un jurista, pero no todo jurista es abogado. El juez es un jurista, pero no todo jurista es necesariamente juez. El notario es un jurista, pero no todo jurista es notario... ¿Qué quiere decir esto? Pues sencillamente que jurista es la persona que por su formación científica, se encuentra en condiciones de dedicarse al ejercicio de cualquiera de éstas y de las demás profesiones jurídicas, pero que también puede no ejercer ninguna de ellas, sin que por esto deje de ser jurista",²⁴ y ello porque "la finalidad de la enseñanza del derecho en las universidades es, o debe ser, más exactamente, la formación de juristas. La universidad como insti-

²¹ *Ibidem*.

²² Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturi, *El Estado y los Juristas*, Barcelona, Editorial Fontanella, S. A., 1976, p. 39.

²³ Véase mi ensayo *¿Por qué Abogado?, Recuerdos, Motivos y Pareceres de Algunos Abogados Mexicanos* en "Estudios Jurídicos", México, Revista de la Sociedad de alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 3, 1989.

²⁴ Rafael de Pina, *Pedagogía Universitaria*, México, Ediciones Botas, 1960, p. 17.

tución de cultura, al enfrentarse con el problema de la enseñanza del derecho, no puede olvidar sin exponerse a desnaturalizar su función característica, que su fin esencial es éste..."²⁵ lo que reafirma nuestra postura.

3. LA ORIENTACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Hoy en día, los juristas que se ocupan de la enseñanza del Derecho discuten con gran fruición el importante tema de la orientación que debe dársele a esa enseñanza, es decir, el aspecto filosófico que sustenta el quehacer educativo jurídico, el *para qué*, la causa última que justifica que el Derecho sea susceptible de enseñarse entre los hombres a lo largo del tiempo y de la historia, y que existan siempre abogados, juristas, licenciados en Derecho interesados en mantener y hacer progresar su profesión y en transmitirla a las nuevas generaciones. Es pues también un problema de la Pedagogía Jurídica el determinar la orientación que deberá tener la enseñanza del Derecho, la que, por supuesto, deberá estar en estrecha relación y congruencia con la finalidad que se le asigne a esa enseñanza.

¿Abogados?, ¿para qué? La Pedagogía Jurídica también deberá responder a estas preguntas, e involucrarse en la concepción de una doctrina que posibilite justificar no sólo la presencia de los juristas en la sociedad, sino hacer sentir la necesidad de su participación, y lo que es más importante, deberá también con el auxilio de la Filosofía del Derecho, definir con claridad el "Derecho" que se habrá de impartir en las escuelas o facultades, cuestión de suma importancia porque de ella dependerá fundamentalmente la actuación profesional y pública de sus egresados, es decir, de esta labor se desprenderá directamente su grado de compromiso y responsabilidad social. En estas delicadas consideraciones, como en muchas otras más de la Pedagogía Jurídica, caben las interpretaciones y consideraciones de tipo personal, dependiendo de las ideologías que se profesen, y también muchas veces, de los gustos y aficiones completamente subjetivas de quienes tienen en sus manos estas decisiones.

La orientación de la enseñanza del Derecho será pues determinante para definir el papel de los abogados en la sociedad, ya que de ella dependerá en mucho la actuación profesional. Dos posturas bien identificadas se presentan en estas discusiones; las dos tienen en común

²⁵ *Idem*, p. 9.

en que hacen referencia al compromiso y responsabilidad que el abogado adquiere con la sociedad en la que vive y actúa, pero se diferencian en la connotación que se concede a esa participación. Se parte en ambas de que el abogado debe ser un hombre conocedor del Derecho, y los caminos se bifurcan cuando se trata de especificar el "para qué" sirve ese conocimiento. Para una postura, el abogado es el profesional capacitado para aplicar, interpretar y aplicar el derecho, ya sea como litigante, resolviendo eficazmente los problemas que sus clientes le plantean, como juzgador, dictando sentencias justas conforme a Derecho, como legislador, promoviendo leyes que busquen el bien común, pero para la otra postura, el jurista es aquel profesional comprometido ideológicamente, capacitado para buscar el cambio social y convencido de que puede destruir al Derecho con tal de crear otro nuevo más acorde con sus intenciones. Ambas posturas, como se verá a continuación, tienen aspectos realmente positivos, dignos de considerarse detenidamente, pero también cuentan con elementos negativos, unos por caducos y otros por inaceptables ante las circunstancias de la realidad y ante las conciencias libres que no desean ser manipuladas.

Podemos partir de que, tal y como lo señala *Edmundo Escobar*, "...la educación del derecho universitaria ante todo trata de conocer por el conocimiento mismo, es decir desinteresadamente el fenómeno jurídico, su naturaleza, sus relaciones con los demás fenómenos culturales, en una palabra, trata de explicar y hacer comprender de manera total el derecho y sus manifestaciones, pero al mismo tiempo de crear y desarrollar facultades o aptitudes intelectuales entre los alumnos con vista a la solución de los problemas jurídicos..."²⁶ puesto que el abogado que se dedique de lleno a la profesión jurídica tendrá el actuar necesariamente en el entorno social. Así, estamos de acuerdo en que "la enseñanza del derecho no ha de ser meramente conceptual y abstracta, sino que debe orientarse en el sentido de que el estudiante esté en contacto con la realidad social en la que el profesional actuará más tarde", como lo ha explicado *Eduardo Pallares*,²⁷ idea que se redondea a la perfección con la opinión de *Francisco Zacapa*, quien afirma que "...el profesional del derecho debe adquirir la mejor concepción posible del mundo y de la vida, del proceso histórico de la

²⁶ Edmundo Escobar, *Nuevas Aportaciones a la Pedagogía del Derecho*. México, Distribución de la Librería de Porrúa Hnos. y Cia., 1969, p. 34.

²⁷ Informes de la I Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, *op. cit.*, p. 346.

humanidad y de los principios universales que rigen su desenvolvimiento..."²⁸ Estas apreciaciones son totalmente válidas, y difícilmente se podrá estar en desacuerdo con ellas, puesto que se refieren al inevitable contacto que el abogado mantendrá a lo largo de su ejercicio profesional con el mundo en que vive. Además, no implican estas ideas ninguna postura ideológica sino únicamente constatan la necesidad de que el jurista tenga conocimiento de lo que lo rodea.

Ahora bien, ¿qué uso debe dar el abogado a ese reconocimiento de la sociedad? Para *Héctor Fix-Zamudio* la respuesta es clara: "Existe un aspecto que debe ser tomado muy en consideración en los estudios de licenciatura, y que se refiere a la necesidad de que los alumnos adquieran conciencia del derecho como instrumento del cambio social, ya que de acuerdo con la concepción tradicional de las profesiones jurídicas como simples actividades técnicas, ha predominado una orientación conservadora en la formación de los estudiantes de las facultades de derecho, que contrasta con el dinamismo que ha impregnado últimamente a las restantes disciplinas de carácter social, como la economía, la sociología y la ciencia política",²⁹ posición que es apoyada por *Jorge Wither V.*, quien realiza una acerva crítica a las formas tradicionales de la enseñanza del Derecho, a las que tacha de no mostrarse abiertas a los cambios ni a las exigencias de la sociedad. Así, opina que "desde el punto de vista de la docencia del derecho, la concepción romanista tradicional ha determinado que los estudios jurídicos se centren en estructurar planes y programas que tiendan a internalizar una ciencia jurídica congelada, acabada, perfecta. El derecho está hecho y elaborado por el legislador, codificado y fijo... dicha visualización del derecho tiene su fundamento en entender que el derecho es una disciplina de función meramente reproductora y con carácter dogmático... la educación tradicional en el campo de la labor para promover lo que a su modo de ver sería el contenido de la enseñanza del Derecho, y sus postulados son de importancia, puesto que sustentan en gran medida, a las nuevas tendencias de la Pedagogía Jurídica, y sobre todo, están influyendo decisivamente en alumnos y maestros de algunas escuelas de Derecho. Resulta pues, obligado el conocer estas ideas, lo que puede obtenerse a través de las siguientes citas: "...el desarrollo de un control autocrático, cerrado al diálogo con otras disciplinas... ha privado una concepción parroquial que

²⁸ *Idem*, p. 359.

²⁹ Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, UNAM, 1981, p. 150.

impide el diálogo, el cambio es visto como una pérdida de categoría y poder académico... la historia ha pesado en la actualización de la enseñanza jurídica encuentra reforzada su hegemonía en la concepción estática del Derecho Romano".³⁰ *Witker* ha realizado una intensa crítica de los estudios jurídicos. Las antiguas escuelas de jurisprudencia, luego de leyes... arrastran viejas concepciones y no han podido liberarse de la tendencia a enseñar leyes más que derecho, entendido como la ciencia social reguladora de conductas".³¹ "Por ello se considera que el desideratum es imprimirle a la enseñanza del derecho un carácter problemático. El derecho no puede ser propuesto como un saber inmutable, constituido en sistema, sino como un conjunto de problemas, ordenados de manera variable, para los cuales hay respuestas más o menos temporales y que obedecen a opciones de valores frente a una situación determinada... un segundo supuesto es vincular los estudios jurídicos a la realidad jurídico-social concreta... no puede ser ajeno al estudiante la gran distancia que separa el derecho vigente con el derecho real...".³² "El carácter rupturista que asignamos a la educación, se presenta en el campo del Derecho con particularidad propia. Los hábitos mentales conservadores, las definiciones estáticas de las instituciones jurídicas, el formalismo inoperante, la jurisprudencia reiterativa, son factores difíciles de remover en nuestras sociedades... en cambio, deberíamos formar al jurista y abogado en una noción dinámica y abierta del derecho, remarcar su función social reguladora, su relación con los cambios sociales, el papel de avanzada y renovación que puede jugar la jurisprudencia y la necesidad de que la norma jurídica realice el ideal de justicia".³³

Como se observa, *Witker* incluye en sus planteamientos, la redefinición de la noción del Derecho, como premisa para avanzar en la formación de abogados imbuidos de una nueva mística, puesto que para él ya no es tolerable que el abogado dedique sus afanes a otra cosa que no sea el cambio social, ideas que encontraron eco seguramente cuando el país se debatía entre las contradicciones de la política populista. Ahora, con la nueva fisonomía económica y social que se está adquiriendo, con la marcada vuelta al liberalismo, al parecer cobrarán renovados bríos los viejos esquemas educativos tan criticados por él cuando señala que "la tendencia profesionalizante que se pro-

³⁰ Jorge Witker, *V. Técnicas de la Enseñanza del Derecho*, op. cit., p. 69.

³¹ *Idem*, p. 71.

³² *Idem*, p. 77.

³³ *Idem*, p. 78.

yecta y materializa en el técnico legal que hoy se gradúa, se orienta al concepto privado del ejercicio... se ha identificado con el ejercicio liberal, alejado de la sociedad y conectado a asesorar y servir sólo a los grupos minoritarios...";³⁴ porque esos "grupos minoritarios" son considerados como los únicos capacitados para resolver las crisis del país, pues son nada menos que los inversionistas, nacionales y extranjeros, los empresarios, y en general, todo aquél que tenga la creatividad de echar a andar negocios y actividades económicas, quienes a través de su iniciativa, esfuerzo y riesgo, producirán empleos y generarán la riqueza que el método socializante no fue capaz de crear. Y la proliferación de estos actores de la nueva forma de vida nacional, requerirán necesariamente de abogados que les aconsejen y auxilien para desarrollarse y prosperar, por lo que el ejercicio privado de la profesión volverá a incentivarse, olvidándose un poco aquellas ideas de los abogados del estado, el estatismo, la aplicación del Derecho desde el poder, etcétera, dedicándose los juristas a luchar por el cambio, sí, pero hacia los antiguos conceptos y formas de liberalismo.

Lo que sí es complementemente válido, es la preocupación mostrada por *Witker* para que los abogados no consideren solamente como objeto digno de conocimiento al Derecho codificado. Efectivamente, ya no se puede pensar en el abogado como un mero técnico legal que aplica sin juicio ni criterio alguno a la ley. Es más, el abogado que adopte una actitud así de pasiva, dejará realmente de ejercer la función intelectual que es propia de la profesión. El abogado debe ser capaz de generar ideas convertibles en Derecho, puede y debe ser creador del Derecho; debe pelear desde todos los foros, y no nada más desde el sitio de su condición profesional, por la existencia de un Derecho justo. La posición contraria y tradicional a estas ideas, ésta expresada por *Gustavo R. Velasco*, quien niega que el Derecho tenga una esencia dinámica, y por lo tanto, para él, tampoco el abogado puede actuar como agente de cambio, no ya de la sociedad, sino del mismo orden jurídico. Así, cuando se refiere al derecho como ciencia social, dice: "...nadie niega que el derecho se da exclusivamente en sociedad y que es un producto social, una forma de vida objetivada. Tampoco puede discutirse la posibilidad de que el derecho se estudie como un fenómeno natural y con los mismos métodos que la ciencia sociológica. Pero lo específico del derecho radica en ser un conjunto de normas y la tarea peculiar del abogado consiste en encontrar o conocer esas

³⁴ *Idem*, p. 86.

normas, entenderlas, sistematizarlas y ubicarlas en construcciones cada vez más generales. Por consiguiente, la ciencia del derecho no es ciencia social en el sentido de una imposible asimilación a la sociología o a la economía política, sino disciplina normativa... Además, ciencia dogmática por cuanto el jurista no crea normas, sino que las recibe ya hechas. En contra pues de la equivocada tendencia a socializar el estudio del derecho, precisa afirmar el carácter normativo y dogmático de las disciplinas que constituyen el meollo, la parte central y fundamental de los estudios para ser abogado".³⁵

Esta visión extremadamente positiva, impide que el abogado actúe como creador o reformador del Derecho, sin permitirle participar en las decisiones trascendentales que tiendan a transformar al orden jurídico, complicándose la situación cuando el jurista se encuentra en circunstancias tales que debe aplicar el Derecho aun en contra de su más íntima convicción justiciera, porque se halla literalmente preso en las hipótesis de la ley positiva, a cuyo cumplimiento obliga su profesión de abogado. Así plantea *Gustavo R. Velasco* ésta terrible disyuntiva: "Aun existe para los juristas un problema más hondo, como consubstancial a su profesión y además privativo de ésta. El fin del abogado es hacer triunfar la justicia, pero ello ha de hacerlo a través del Derecho. También este debe encarnar la justicia, apegarse a ella. De hecho, muchas veces no sólo no la realiza sino que las normas que sanciona contrarían nuestro sentimiento de lo justo. ¿Qué hacer en semejante caso, una vez convencidos de que en Derecho no hay solución justa posible, después de haber tratado de concertar con otras la disposición injusta, de interpretarla, de moderar su aplicación? A mi juicio, en tanto que juristas, que hombres de ley, para el abogado no hay sino un desenlace posible aplicar el derecho. Por duro que ello parezca, por mucho que nos hiera, tenemos que admitir con Radbruch que el jurista es servidor de la forma (el derecho) y no de la cosa (la justicia), por lo cual concluye que ejercer o aplicar directamente la justicia sólo es profesión del jurista en tanto cuanto el derecho positivo se lo encarga expresa o tácitamente... Sólo que el hombre de ley no es todo el hombre, ni los deberes profesionales del jurista pueden llegar hasta acallar dentro de nosotros la voz infinitamente más poderosa de la obligación moral. Hagamos primero todos los esfuerzos, todas las gestiones; cerciorémonos fríamente, más allá de toda duda razonable, de que la ley es injusta. Si éste es el caso, digamos como

³⁵ Gustavo R. Velasco, *La Preparación del Abogado*, op. cit., p. 32.

lo hizo Emerson frente a circunstancia semejante: Las leyes no hacen al derecho. Esta ley es oprobiosa por dentro y por fuera. Una ley inmoral no puede ser válida. Debemos hacer que sea inoperante, abrogada, borrada, pero mientras subsista debe ser desobedecida".³⁶

A estos problemas se enfrenta quien desee definir la orientación de la enseñanza del derecho. Hay en síntesis, dos corrientes que postulan ideas contradictorias respecto de la misión de los abogados en sociedad, misión, que como lo hemos señalado, se desprende precisamente de la orientación que se quiera dar a la enseñanza del Derecho. La ciencia de la educación, la Pedagogía, responde a estas cuestiones que, además, son comunes a todo esfuerzo educativo, puesto que en todos los ámbitos se plantean y se discuten, ya que actualmente es un deber de toda institución educativa, el contar con una orientación clara en su enseñanza que le permita determinar la misión y actuación profesional de sus egresados. Así, *Ralph W. Tyler* señala que "...la filosofía educativa de cada escuela debe responder esta pregunta, ¿debe el hombre educado ajustarse a la sociedad y aceptar el orden social tal como es, o por el contrario, tratar de mejorar el medio en que vive?, ¿la escuela debe hacer que los jóvenes se adapten a la sociedad presente o les cabe la misión revolucionaria de intentar mejorarla? *Una escuela moderna debe incluir en su filosofía a ambas posibilidades*. En la sociedad actual, los altos ideales no se han cumplido en forma adecuada y cabe esperar mejorarla mediante la educación. Será necesario ayudar a los jóvenes a comprenderla y a participar en forma efectiva para poder vivir en ella al tiempo en que deben hacer lo posible por mejorarla. Así, si la escuela cree que su función principal consiste en enseñar a la gente a adaptarse a la sociedad, pondrá el acento en la obediencia a las autoridades, en la lealtad a las formas presentes y tradicionales, en la capacidad para desempeñar las técnicas exigidas por la vida de hoy, pero en cambio, si se prefiere la función modificadora de la escuela, se preocupará por el análisis crítico, la capacidad para resolver nuevos problemas, la independencia y la auto-disciplina...".³⁷

Desde mi punto de vista, la orientación de la enseñanza del Derecho debe contener la doble posibilidad señalada por *Tyler*, pero además,

³⁶ Gustavo R. Velasco, *Discurso Pronunciado en el XXV Aniversario de la Fundación de la Barra Mexicana*, publicado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Conmemoración del XXV Aniversario de su Fundación*, México, Editado por la Barra Mexicana, 1948, pp. 16-17.

³⁷ *Ralph W. Tyler*, op. cit., p. 39.

debe definir ciertos valores que serán fundamentales para que el abogado alcance una vida profesional y personal plena, valores que la escuela o facultad de Derecho debe comprometerse a inculcar y respetar, y que serán la garantía de que el abogado adquirirá conciencia de su misión. En primer término, debe aportarse a los estudiantes una noción del Derecho que no sea ni excesivamente dogmática ni tampoco radicalmente revolucionaria, una noción que esté más al alcance de sus posibilidades de participación. En este sentido, me inclino por aceptar las ideas de *Oliver Wendell Holmes* cuando dice que "la vida del derecho no ha sido la lógica; ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas en el momento, las teorías morales y políticas que prevalecen, y las intuiciones de la política pública... han tenido mucho más que ver el silogismo, en la determinación de las reglas por las cuales los hombres deben gobernarse. El Derecho entraña la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos, y no se puede tratar como si contuviera únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas".³⁸ Adicionalmente, la escuela o facultad de Derecho debe recoger una serie de valores filosóficos y pedagógicos que son determinantes para dotar de contenido a la orientación de la enseñanza, como lo son "1) el reconocimiento del valor de todo individuo, sin importar raza, nacionalidad, religión o posición económica. 2) la oportunidad de participar ampliamente en todas las actividades de la vida social. 3) el estímulo de la variabilidad, en lugar de la exigencia de un tipo único de comportamiento. 4) la fe en la inteligencia como el mejor método para resolver los grandes problemas... Sin duda la filosofía de la escuela deberá tener en cuenta otros dos tipos de valores descolantes en el mundo contemporáneo: los valores materiales y el éxito..."³⁹ Cuando las escuelas y facultades de Derecho consideren estos valores como básicos, se supondrá que serán ellos los que den contenido a la orientación de la enseñanza, y se procurará alcanzarlos mediante sus programas educativos, buscando finalmente contribuir con la sociedad con abogados firmemente conscientes de su misión.

³⁸ Citado por Francis Biddle en su ensayo "El señor magistrado Holmes", publicado en la obra *El Señor Magistrado*, compilada por Allison Dunham y Philip B. Kurland, México, Editorial Limusa-Wiley, S. A., 1968, p. 171.

³⁹ Ralph W. Tyler, *op. cit.*, p. 38.

4. EL CONTENIDO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

De especial importancia resulta la labor de quien se avoque a la Pedagogía Jurídica, puesto que indefectiblemente deberá enfrentarse a la difícil y engañosa tarea de otorgar un contenido a la enseñanza del Derecho. De esta forma, las interrogantes se presentan abrumadoras pues las posturas que sobre este particular existen se debaten contradictoriamente, al tratar de asignar un contenido a esta enseñanza. Así, encontramos las disyuntivas que la doctrina ofrece y que pueden resumirse de la siguiente manera: ¿La carrera de Derecho debe ser formativa o informativa? ¿Debe aspirarse a egresar abogados científicos o técnicos? ¿La enseñanza del derecho será teórica o práctica? ¿Los juristas deben tener noción de todo el orden jurídico o ser especialistas en alguna rama del Derecho? ¿El abogado requiere de una cultura adicional a sus conocimientos jurídicos? Nuevamente en este problema, como en los anteriores, no existen respuestas unánimes, ya que también se presta a las consideraciones personales basadas fundamentalmente en la experiencia de cada opinante. La Pedagogía Jurídica también debe tratar de resolver estas preguntas, que están en estrecha correspondencia con las anteriores cuestiones analizadas: la finalidad y la orientación de la enseñanza del Derecho. Por otra parte, deliberadamente he ignorado las controversias que se refieren a las posibilidades de dar contenido a la enseñanza del Derecho con la intención de formar lo que se ha llamado "abogados de empresa" o "abogados del estado", puesto que no las considero como motivo de reflexión, sino por el contrario, como una actitud sumamente criticable que deshonraría a la institución educativa que pretendiera incorporar a sus propósitos estas denominaciones.

No faltan, por supuesto, las posiciones utópicas que aspiran a la llamada formación integral del abogado. A reserva de que posteriormente se demostrará su ineficacia, conviene conocerlas. Por ejemplo, para *Juan Isaac Lovato*, "la enseñanza del derecho deberá hacerse en forma integral, uniforme y orientada hacia la efectividad del mismo en la vida social. La enseñanza del Derecho tomará en cuenta tanto el aspecto teórico y doctrinario como el práctico y experimental, de modo que los estudiantes se capaciten para el ejercicio eficaz de su profesión",⁴⁰ o como señala *Rodolfo Mezzera Álvarez*, "... la enseñanza debe orientarse en el sentido de formar al mismo tiempo al jurista y

⁴⁰ Informes de la I Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, *op. cit.*, p. 313.

al profesional, realizando un adecuado equilibrio entre la formación teórica y la práctica",⁴¹ pero sin duda, la más atrayente resulta ser la aportada por la *Universidad de San Carlos de Guatemala*, que comprende no sólo la manifestación de este ideal de formar integralmente al abogado, sino que incluye los medios para lograrlo: "La enseñanza en las Facultades de Derecho debe orientarse para el pleno cumplimiento de sus fines en un cuádruple sentido: uno de enseñanza teórica, otro de enseñanza práctica, otro de investigación y otro de meditación o enseñanza de pensar. Para lo anterior debe procurarse una equilibrada distribución de los cursos de tal manera que vaya lográndose integralmente la formación eficiente del profesional del derecho. . . Se considera que cualquier tipo de enseñanza que no comprenda estos cuatro aspectos es incompleta y deformadora del estudiante. . . Para la enseñanza teórica, las facultades deben permanecer fieles a su tradición, enseñando las ciencias jurídicas en sus diversas ramas. . . Para la enseñanza práctica, deben adoptar por una parte el método de los casos, propiciando la discusión y el estudio de los mismos y, por otra, estudiando al derecho en una forma dinámica y funcional. . . Para la enseñanza de la técnica de la investigación, deberán organizarse cursos de adiestramiento para estudiantes y profesores, y seminarios, archivos, bibliotecas. . . Para la enseñanza de la meditación, deberá procurarse poner al estudiante frente a los problemas e impulsarlo a su solución por el cuidadoso análisis y estudio y con la conciencia del respeto por su opinión. . ." ⁴² Fácilmente se observará que se plantea la existencia de una escuela o facultad de Derecho con condiciones que exceden en mucho a lo que la realidad, tristemente, nos ofrece.

Podemos pues, dejar a un lado estas opiniones precisamente por su idealidad y porque no resuelven el problema inmediato y real que se plantea en la enseñanza del Derecho. Sencillamente, no es posible llegar a ese alto grado de perfección por la calidad de los maestros que se requerirían, por los problemas que representa un estudiantado gigantesco y sin vocación, por las condiciones materiales, y sobre todo, por la carencia de un modelo educativo que permita concebir un plan de estudios que cumpla con esas bien intencionadas ideas. Quizá la certeza de que no es posible actualmente ofrecer una enseñanza del Derecho con esas características, es lo que ha motivado la pluralidad de posturas a las que hacíamos referencia en párrafos anteriores.

⁴¹ *Idem*, p. 338.

⁴² *Idem*, pp. 372-373.

Además, la complejidad del mundo jurídico, su extensión, y su profundidad, han obligado el planteamiento de una pregunta elemental: ¿Qué debe enseñarse? ¿Qué deben saber los futuros abogados?, ya que es materialmente imposible que en los años que dura la carrera, cinco a lo más, pueda el estudiante enterarse de "todo el Derecho", y ni mucho menos de comprenderlo y asimilarlo. Por ello, la Pedagogía Jurídica debe responder a la inquietud de señalar el contenido de la enseñanza del Derecho, definir lo necesario y lo superfluo, lo importante y lo pasajero, aquello que realmente contribuirá a la formación del abogado y lo que sólo engalinará, a veces engorrosamente, su acervo de conocimientos. De aquí surge la interrogante de saber si la enseñanza del Derecho debe ser formativa o informativa. Afortunadamente, en este caso concreto, las opiniones coinciden en declararse a favor de la enseñanza formativa, de manera prioritaria, pero sin olvidar lo que la información tiene de valioso y útil para el estudiante de derecho; "los objetivos de la enseñanza del derecho son la formación y la información, en tal orden", como lo ha expresado *Dennis Martínez Irizarry*.⁴³

Así pues, como norma general puede aceptarse la opinión de *Rafael de Pina* cuando señala que "la enseñanza del derecho en las universidades ha de tener carácter formativo y no meramente informativo. Partiendo de esa exigencia de la enseñanza universitaria del derecho, es como únicamente cabe pensar en una organización de los estudios jurídicos adecuada a su objeto propio y específico",⁴⁴ o como lo dice de manera más clara y sencilla *Jorge Mario García Laguardia*: "en la enseñanza debe ponerse el acento en el aspecto formativo más que en el informativo de simple narración de contenidos".⁴⁵ El problema es reseñado con nitidez, destacando sobre todo su trascendencia, por *Héctor Fix-Zamudio*, quien hace una interesante descripción de las posibilidades que ofrece la decisión acertada de optar por una enseñanza formativa: "...se presenta... (un) problema sobre la función de la licenciatura en derecho, y que se refiere a la obtención de conocimientos sobre el orden jurídico existente, o bien para la obtención de una conciencia jurídica crítica que permita a los egresados comprender y laborar en la evolución del propio ordenamiento. Es decir, la

⁴³ *Idem*, p. 318.

⁴⁴ *Rafael de Pina, op. cit.*, p. 25.

⁴⁵ *Jorge Mario García Laguardia, Universidad Latinoamericana y Formación de Juristas*, ensayo incluido en la obra de Jorge Witker V. *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho, op. cit.*, p. 201.

distinción entre formación e información... este aspecto es muy importante y requiere de la modificación de aquellos planes de estudio que se limiten a proporcionar una simple información, como ha ocurrido, con pocas excepciones, con la enseñanza tradicional de la carrera, para incorporar o reforzar un conjunto de disciplinas de carácter metodológico, que son las que pueden imprimir un carácter formativo a la propia enseñanza...”,⁴⁶ lo cual confirma la impresión de que no es posible aspirar a enseñar todo el Derecho, y que debe sacrificarse lo meramente informativo en favor de aquello que sirva de manera efectiva y decisiva a la formación del abogado. Naturalmente, al adoptarse esta postura, implícitamente se está aceptando la necesidad de efectuar severas revisiones a los planes y programas de estudio para definir lo que es útil al contenido de la enseñanza formativa. Es decir, hará falta establecer los criterios idóneos que permitan esta “formación” del abogado, y que, salvo las aportaciones de *Fix-Zamudio* con respecto a las disciplinas de carácter metodológico, no existen en la actualidad. Esta problemática se refleja en las afirmaciones de *Pietro Barcellona* y *Giuseppe Cotturi* cuando sostienen que “...es necesario que se consiga un amplio acuerdo entre los estudiosos acerca de lo que se ha de enseñar de todos modos y acerca de las formas de enseñanza... lo que vuelve a plantearse aquí es la vieja distinción entre formación e información... desenredar estas contradicciones, probablemente significa al mismo tiempo formar al jurista de un modo diferente y asignar un papel distinto a su saber en la sociedad...”⁴⁷

Ahora bien, un aspecto en el que no hay acuerdo entre los juristas, es el que se refiere al contenido de la enseñanza del Derecho cuando se habla de si debe ser de carácter científico o cultural, o por el contrario, eminentemente técnico o profesional. Podemos iniciar con la opinión de *Charles Eisenmann* quien enfáticamente expresa que “...concordamos totalmente con aquellos que sostienen que la instrucción proporcionada en las facultades de derecho debería ser de naturaleza cultural o general, y no utilitaria o profesional”,⁴⁸ apoyando sus ideas en el siguiente razonamiento: “Estamos preocupados por una rama de la educación superior que está destinada, en su comienzo, a estudiantes que están entrando a su primer contacto real con el estu-

la denominación de jurista... la exageración de estas posiciones desmayores estudios sobre temarios o disciplinas que ellos ya han iniciado. La enseñanza empieza de cero... el problema por lo tanto es éste: ¿Cuál —la enseñanza práctica o la enseñanza científica— corresponde mejor a la idea de la educación superior?... El planteamiento correcto del problema requiere además, la observación inicial que la enseñanza práctica y la enseñanza científica del derecho no son enteramente diferentes; la segunda de ninguna forma excluye el contenido de la primera... la enseñanza jurídica debe estar diseñada necesariamente para llevar a una comprensión del derecho en su totalidad en todos sus aspectos. Debe pretender y tratar de cubrir cada clase de problemas relativos al derecho... la enseñanza con propósitos puramente prácticos no es enseñanza universitaria en el verdadero sentido...”,⁴⁹ postura que es apoyada por la teoría pedagógica en voz de *Agustín Basave Fernández del Valle*, quien manifiesta que “el primer deber de la Universidad no es formar especialistas, sino producir un trabajo efectivamente cultural...”⁵⁰

La posición contraria es asumida por *Gustavo R. Velasco*, quien afirma que “... la finalidad de la carrera es enseñar una profesión, no hacer ciencia jurídica; formar profesionistas, no hombres de ciencia; la profesión es algo distinto que la ciencia”.⁵¹ Esta contradicción de posturas es aclarada en sus aspectos de fondo, y sobre todo, en su proyección y resultados, por *Héctor Fix-Zamudio*, quien nuevamente nos ofrece una magistral visión del asunto que nos ocupa, aportando consideraciones de suma importancia: “Existe un perenne dilema sobre los estudios de licenciatura, en el sentido si deben estar orientados a la formación simple y llana de profesionistas, es decir, de técnicos en el ejercicio de las diversas actividades jurídicas, o si por otra parte, también o exclusivamente a la educación de verdaderos juristas que realicen una función científica debido a sus profundos conocimientos y comprensión... en otras palabras, el licenciado en derecho debe ser un hombre eminentemente práctico destinado a ejercer una profesión de manera inmediata, o bien, un hombre culto con una preparación científica en las disciplinas jurídicas, de manera que pueda merecer la denominación de jurista... la exageración de estas posiciones desvirtúa la función de la licenciatura en derecho, ya que si se orienta hacia la preparación de técnicos provistos de los conocimientos ele-

⁴⁶ Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, op. cit., pp. 147-148.

⁴⁷ Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturi, op. cit., pp. 30-31.

⁴⁸ Charles Eisenmann, *Objetivos y Naturaleza de la Enseñanza del Derecho*. Ensayo incluido en la obra de Jorge Witker V. *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho*, op. cit., p. 51.

⁴⁹ *Idem*, pp. 48-49.

⁵⁰ Agustín Basave Fernández del Valle, op. cit., p. 360.

⁵¹ Gustavo R. Velasco, *La Preparación del Abogado*, op. cit., p. 29.

mentales para ejercer una profesión liberal u oficial, éstos se convierten en simples prácticos con una visión muy pobre de la misión social que deben cumplir... pero si por el contrario, los estudios de licenciatura están dirigidos a proporcionar una cultura jurídica puramente teórica, desvinculada del ejercicio profesional, el resultado es la formación de juristas académicos que no están capacitados para realizar una labor profesional... en consecuencia, debe buscarse un equilibrio entre los aspectos técnicos y científicos para que la licenciatura sea fructífera y pueda servir a la formación de juristas conscientes de su misión social y que continúen perfeccionando sus conocimientos".⁵²

Algo similar ocurre cuando se habla de enseñanza teórica *versus* enseñanza práctica del Derecho, lo cual se presta también a consideraciones utópicas, ideales, que no son procedentes en la realidad. Así, por ejemplo, *Darío Benavente* sostiene que "...la enseñanza de las Ciencias Jurídicas... debe orientarse en el sentido de procurar un adecuado equilibrio entre la formación científica y la práctica",⁵³ o como señala *Edmundo Escobar*, "...mediante una combinación adecuada e inteligente, deberá borrarse la línea que divide en la enseñanza a la teoría y a la práctica...";⁵⁴ posiciones ambas que entrañan un desconocimiento de las posibilidades reales de la enseñanza del Derecho. Sin embargo, en un intento de "modernidad" pedagógica, en las escuelas y facultades de Derecho se han implantado cursos especiales destinados a la enseñanza práctica de la profesión, a través de seminarios, clínicas y simulaciones de casos, con la finalidad de que los alumnos adquieran las destrezas y habilidades necesarias para enfrentar exitosamente los retos de la vida profesional. Contra esta novedosa tendencia se ha declarado la teoría pedagógica, ya que se considera como injustificado que en los niveles universitarios se imparta ese tipo de enseñanza práctica. *Agustín Basave Fernández del Valle* es enérgico y rotundo en esta cuestión: "Las facultades universitarias cuidan de la preparación profesional de los estudiantes que en ellas cursan estudios. Preparación profesional no quiere decir práctica profesional, ni mucho menos implica un conocimiento exhaustivo de todo lo que se necesita en la vida para ejercer una profesión...";⁵⁵

⁵² Héctor Fix-Zamudio, *Ensayo sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, op. cit., pp. 146-147.

⁵³ Informes de la I. Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, op. cit., p. 287.

⁵⁴ Edmundo Escobar, op. cit., p. 66.

⁵⁵ Agustín Basave Fernández del Valle, op. cit., p. 350.

y argumenta su aseveración diciendo que "La Universidad existe fundamentalmente para promover el desarrollo de los estudiantes como seres humanos, hasta su máxima posibilidad... se engañan quienes piensan que las universidades tienen como misión primordial... enseñar una profesión. El profesionalismo y la especialización científica y técnica han puesto en crisis, gravemente, a la Universidad de nuestros días... el problema de ganarse la vida, básico desde luego, no es el único ni el más elevado problema de la vida. Está muy bien que las universidades preparen a los estudiantes para que sepan ganarse la vida, pero está muy mal que hagan de este inevitable y modesto desiderátum, el centro de sus actividades"⁵⁶ Aun así, a pesar de la oposición de la ciencia de la educación, se persiste actualmente en enfatizar la preparación práctica de los futuros abogados, a tal grado que ha hecho exclamar a *Jorge Mario García Laguardia*: "la formación de los juristas se encuentra hoy en un estado de crisis... las críticas... se refieren a la excesiva influencia de la práctica, que pone el acento en conocimientos jurídicos puramente técnicos y posesión de ciertas rutinas".⁵⁷

Con lucidez, *Gustavo R. Velasco* ofrece sus puntos de vista, que son interesantes y, sobre todo, inapelables: "... la enseñanza práctica de la profesión... constituye un viejo problema de las facultades de derecho... la variedad de soluciones que se le han aplicado o que encuentra uno en los libros y artículos sobre educación jurídica, es la mejor prueba de las dificultades que ofrece... esas dificultades han conducido a cerrar los ojos ante el problema... en cambio, de su trascendencia no es posible dudar. La enseñanza del derecho, según un profesor norteamericano; tiene una finalidad doble: transmitir a los alumnos la teoría jurídica y enseñarles una técnica. Es muy cierto que ésta se adquiere parcialmente, en forma indirecta y un tanto inconsciente al aprender la teoría... también es explicable que la necesidad de desarrollar técnicas especiales en los discípulos se nota menos en la abogacía que en otras profesiones, la cirugía o la química, debido a su naturaleza casi exclusivamente intelectual y a que se trata de una actividad del espíritu con una reducidísima base material... El escollo efectivo no se encuentra en la aplicación de las prácticas a todas las materias que lo requieren, deriva de que para ser completa, para ser plenamente fructuosa, la práctica tiene que hacerse en la

⁵⁶ *Idem*, p. 556.

⁵⁷ Jorge Mario García Laguardia, *Universidad Latinoamericana y Formación de Juristas*, op. cit., p. 200.

realidad, en la vida, frente a los incidentes de un juicio verdadero o a las vicisitudes de unas negociaciones que culminarán en un convenio. Es sabido que en nuestras escuelas se ha usado tramitar juicios ficticios en los cursos prácticos de procedimientos... Estos intentos están condenados al fracaso por la razón fundamental de que la vida no puede simularse. Es imposible reproducir en una escuela las oficinas públicas con las que debe tratar el abogado, es imposible imitar las condiciones en las cuales tendrán que trabajar...".⁵⁸

En mi opinión, la enseñanza del Derecho debe despojarse de sus prejuicios por formar "profesionales" eminentemente técnicos y prácticos, y por el contrario, centrar su atención en la educación científica, teórica y cultural, ya que es notorio que no se cumple a cabalidad no ya el ideal utópico de la educación integral, sino la simple y tan anhelada formación práctica. Además, también es de sobra sabido que el grado de preparación teórico-científica de nuestros nuevos abogados deja mucho que desear, y que a pesar del progreso de la ciencia y de los medios de comunicación, su nivel de conocimientos jurídicos y de cultura general decrece aceleradamente. De esta manera, el esfuerzo educativo debe canalizarse hacia la ciencia y la teoría, dejando la formación práctica a la vida cotidiana, al gusto y a las aficiones de cada quién, ya que así se cumplirá con el axioma de "aprender haciendo", de pasante o bien de profesional, en los campos y especialidades que sean del agrado personal; además, resulta frustrante el obligar a aprender la parte práctica de alguna disciplina jurídica a quien no tiene la vocación ni las virtudes propias para su ejercicio.

Hay también una idea contemporánea muy en boga, que se refiere a la formación en las escuelas y facultades de Derecho, de abogados especialistas en las diferentes ramas de la ciencia jurídica, en contra de la tradicional enseñanza del Derecho que perseguía crear abogados capaces de enfrentar cualquier tipo de problemática jurídica por más variada que ésta fuera, y que no desdeñaba la especialización, puesto que ésta se alcanzaba en la vida profesional, al encauzar el jurista su actividad hacia aquellas disciplinas que más le atraían o se le facilitaban. Ahora, la tendencia es abreviar ese periodo de búsqueda personal, a mi modo de ver indispensable para forjar la vocación, ofreciéndose desde la escuela la posibilidad de ser especialista, en detrimento de una educación totalizadora, e impidiéndose una visión completa del horizonte jurídico, necesaria para obtener la formación científica, teórica

⁵⁸ Gustavo R. Velasco, *La Preparación del Abogado*, op. cit., p. 44.

y cultural que postulamos en el párrafo anterior. Por supuesto, quienes se inclinan por la especialización desde las aulas argumentan a su favor a las peculiaridades de la vida actual, que impone la exigencia la especialización, así, por ejemplo, *Nataniel Paz Méndez* expresa que "atendiendo al mejor servicio colectivo, debe darse una más amplia extensión a la carrera de Derecho, estableciendo cursos de especialización con referencia al ejercicio de la profesión de abogado en materias de particular perfeccionamiento",⁵⁹ o como señala *Francisco Zacapa*: "...la arquitectura de los planes tradicionales de las Facultades de Derecho obligan a los estudiantes a saber todo el derecho sin consideración a que el avance actual de las ciencias jurídicas y las necesidades sociales imponen dedicación especial del profesional a aquello que ha de ser el centro de su vida de abogado..."⁶⁰

En esta cuestión, nuevamente se cuenta con la atinada solución que brinda *Gustavo R. Velasco*, a cuyas ideas me adhiero: "¿Optaremos por un plan único, común a todos los estudiantes, o nos decidiremos por otro flexible, que varíe según sus aficiones y según el camino que crean que seguirán en la vida? A mi modo de ver, el plan de estudios debe ser rígido en principio, como consecuencia de excluir de él todo lo que no sea de veras esencial e indispensable. Con esto no solamente se tendrán ventajas docentes; también ganarán en prestigio y seriedad los institutos universitarios al proscribir toda simulación y superchería en estos asuntos. No obstante, la duración que entre nosotros tiene la carrera de leyes proporciona la oportunidad y el espacio suficiente para introducir cierta flexibilidad en los años superiores. Con ellos se hace posible simultáneamente la creación de una especialidad restringida, en el sentido de las direcciones que en la práctica toma la actividad el abogado... no se trata de un rasgo fundamental del plan de estudios ni le atribuyo una importancia decisiva, sin embargo las especializaciones han funcionado con franco buen éxito y presentan variadas y apreciables ventajas: introducen mayor animación y variedad al plan de estudios, evitando así la sensación de rutina y de que los estudios son inmutables y apartados de las necesidades sociales; ponen a la escuela en contacto con problemas de actualidad y con desarrollos recientes; hacen factible la experimentación de asignaturas nuevas, así como la admisión de materias no jurídicas,

⁵⁹ Informes de la I. Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, op. cit., pp. 348-349.

⁶⁰ *Idem*, p. 359.

que satisfacen una demanda real y prestan una ayuda efectiva a los estudiantes".⁶¹

Por último, pero no menos importante, existe la convicción unánime de que el abogado debe agregar a sus conocimientos jurídicos, otros muchos más, no sólo los considerados auxiliares de la profesión, sino aquellos que le permiten tener una concepción del mundo y de la vida, que todo profesional debe poseer, pero que resulta indispensable para el abogado en virtud de que su desempeño se realizará en contacto con la sociedad, con sus necesidades, con sus aspiraciones, con su pasado, su presente y su futuro. Por ejemplo, para *Jorge Witker V.*, "... es indispensable estructurar un curriculum que en materia de contenidos cubra un área histórica, filosófica y de ciencias sociales (economía y sociología)... que deben vincularse a la realidad de cada país a fin de que la concepción dinámica del derecho encuentre explicación y concatenación en el medio real donde el derecho opera",⁶² ideas que son correspondientes a las enunciadas por *Héctor Fix-Zamudio*, cuando señala que "es preciso que el estudiante de derecho se aproxime en forma más decidida a otras disciplinas sociales, no para transformarse en un profesionista híbrido, pero si para comprender y utilizar los conocimientos que los cultivadores de otras ciencias sociales han elaborado en los últimos tiempos, ya que en nuestra época no es posible en un campo estrechamente jurídico..."⁶³

Para redondear estos conceptos, acudamos a las emotivas palabras de *Gustavo R. Velasco*, que hacen sentir con elocuencia, la necesidad y la obligación del abogado de contar con una cultura: "El abogado debe sobre todo dominar lo propio, pero a la vez necesita alejarse del derecho como teoría jurídica y contemplarlo desde otros puntos de vista y con horizontes más amplios. Es preciso asimismo que se haga cargo de su incesante transformación a través de los tiempos y de las diferentes culturas",⁶⁴ y todo ello porque, finalmente, "más que en ninguna otra profesión, en la del abogado predomina la actividad del espíritu, sin contacto casi con elementos de orden material. En su trabajo, el abogado usa su inteligencia, su memoria, sus dotes de exposición y persuasión, su conocimiento del derecho. No se trata de un estrecho especialista, al que baste dominar un casillero aislado de los

⁶¹ Gustavo R. Velasco, *La Preparación del Abogado*, op. cit., p. 41.

⁶² Jorge Witker, V. *Técnicas de la Enseñanza del Derecho*, op. cit., pp. 118-119.

⁶³ Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos Sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, op. cit., p. 151.

⁶⁴ Gustavo R. Velasco, *La Preparación del Abogado*, op. cit., p. 37.

conocimientos humanos. Como lo advirtieron los antiguos, debe tener noción, por lo menos, de casi todo lo humano y lo divino. Y así lo vemos obligado a interiorizarse de cuestiones sociológicas, de prácticas comerciales, de procedimientos fiscales, de contabilidad, de medicina, psiquiatría, en una palabra, de cuanto pueda ser necesario para comprender bien un problema o para contribuir al feliz resultado del asunto que se le confía..."⁶⁵

5. LA FINALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Llegados a este punto, y ya cubierto el análisis del objeto, la orientación y el contenido de la enseñanza del Derecho, nos corresponde conocer la finalidad de dicha enseñanza, es decir, la intención y el motivo por el cual se imparte y se transmite la ciencia jurídica en las escuelas y facultades de Derecho. En este caso particular, hay una identidad absoluta de criterios y opiniones, coincidiendo todos los estudiosos del tema en que la finalidad de la enseñanza del Derecho no radica ni en la asimilación de conceptos, artículos o doctrinas, ni en la obtención de grandes conocimientos, y ni mucho menos en la memorización exhaustiva y sin sentido de todos los elementos de los programas de estudio. Al contrario, los juristas y pedagogos que se han ocupado de la finalidad de la enseñanza han advertido que la educación superior, y en ella la jurídica, es nada menos que la preparación del profesional para que esté en condiciones de resolver problemas y aportar soluciones, concediéndole a él la responsabilidad de estudiar y capacitarse, y asignándole a la escuela o facultad la misión de enseñar el modo de adquirir los conocimientos necesarios para ejercer la profesión.

Ya anteriormente aceptamos la definición de educación propuesta por *Ralph W. Tyler*, quien señala que "educar significa modificar las formas de conducta human. Tomamos aquí el término conducta en su sentido más amplio, que comprende tanto el pensamiento y el sentimiento como la acción manifiesta. Vista así la educación, resulta claro que sus objetivos son los cambios de conducta que el establecimiento de enseñanza intenta obtener en sus alumnos..."⁶⁶ y en este sentido, la enseñanza del Derecho pretende modificar la conducta de sus abogados para que sean capaces de enfrentarse con éxito a los retos de

⁶⁵ Gustavo R. Velasco, *Discurso pronunciado en el XXV Aniversario de la Fundación de la Barra Mexicana*, op. cit., pp. 14-15.

⁶⁶ Ralph W. Tyler, op. cit., p. 11.

la vida profesional, es decir, lograr como conducta deseada, la eficiencia que garantice a la sociedad la labor profesional del abogado. Los medios para lograrlo corresponden ser determinados por la escuela o facultad, pero como hemos visto, al no poder éstas aspirar a la formación integral, ante la magnitud de todo aquello que comprende la profesión, deben por lo tanto centrar su actuación en la estimulación del aprendizaje, proporcionando los métodos y habilidades necesarias para que los estudiantes puedan realmente aprender. La enseñanza del derecho no tiene por finalidad que los alumnos aprendan Derecho, sino que aprendan a aprender Derecho.

La teoría pedagógica es clara en este aspecto: "Puesto que no podemos prever el futuro desarrollo de la ciencia y de la técnica, lo que hemos de dar al estudiante no es tanto una suma de conocimientos determinados sino la aptitud y la preparación necesaria para que pueda en el futuro seguir esa evolución del saber. Lo importante del estudio universitario no es lo que se aprende en forma escolar, sino la capacidad que confiere para aprender en el futuro. La vida del profesional es un continuo aprendizaje, una permanente labor de estudio. Para ella debe preparar la universidad. Ya *Fichte* decía que el fin de la enseñanza universitaria era desarrollar en sus discípulos el arte de la crítica y la capacidad de apreciación...",⁶⁷ como lo ha explicado *Agustín Basave Fernández del Valle*, y sus palabras son reforzadas por las ideas de *Francisco Larroyo*, quien ha de detectado la necesidad de "dotar al educando, además de los fundamentos, siempre limitados de la cultura humana, de las enseñanzas adecuadas para que por sí mismo, pueda proseguir en su vida la tarea del aprendizaje. Se trata, en otros términos, de enseñar al educando maneras de aprender por cuenta propia, vale decir, métodos que le permitan enriquecer ilimitadamente su saber..."⁶⁸

Los interesados en la Pedagogía Jurídica han aceptado plenamente estos conceptos que proporciona la ciencia de la educación, e intentan aplicarlos a la enseñanza del derecho, con poco éxito aún, porque no se ha desterrado por completo las tradicionales maneras de impartirlo, basadas en la exclusiva memorización y repetición de conocimientos. Sin embargo, la inquietud está ya sembrada, y seguramente se alcanzará pronto el ideal de que la finalidad de la enseñanza del Derecho esté determinada por esos principios pedagógicos. Con satisfac-

⁶⁷ Agustín Basave Fernández del Valle, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁸ Francisco Larroyo, *op. cit.*, p. 100.

ción se observa que los estudiosos de estos temas, unánimemente se pronuncian a favor de otorgar a la enseñanza del Derecho esta finalidad. *Edmundo Escobar* señala que "se ha dicho que el jurista, si quiere ser tal, debe vivir en permanente aprendizaje. En efecto, el contenido del derecho cambia constantemente en la manera y forma como varían las condiciones económicas, políticas y sociales de la humanidad. En este sentido, el aprendizaje del derecho no termina en la universidad, sigue con el verdadero jurista por toda su existencia, a riesgo de que, como afirma *Couture*, si no se siguen las transformaciones del derecho se vea cada vez menos juristas".⁶⁹ Por su parte, *Aníbal Bascuñán Valdés* afirma que "la enseñanza universitaria tiene por objeto más que la materia, el método. No se trata de enseñar a los estudiantes un cierto número de cosas, sino de darles el método para aprenderlas",⁷⁰ o como opina *Dario Benavente*: "debe cultivarse la capacidad de raciocinio de los alumnos y desterrarse en forma absoluta la exclusiva memorización".⁷¹

Algunos autores han, inclusive, propuesto un concepto mucho más elaborado de lo que debe ser la finalidad de la enseñanza del Derecho, siguiendo esta misma línea general de coincidencia, como *Salvador Mayorga Orozco*, quien postula que "...la enseñanza deberá impartirse de tal modo que promueva el ejercicio de la reflexión, habituando al estudiante a razonar, desarrollando su juicio crítico, e inculcándole el hábito de estudio",⁷² o como *Rafael de Pina*, que señala que "...en la enseñanza del derecho con la mira de formar juristas, lo esencial es preocuparse más que de la masa de conocimientos, esto es del volumen de conocimientos, de la educación jurídica que es lo que le da su verdadero valor... Decía *Ihering* que se puede con un saber moderado ser un jurista distinguido, como se puede también, no obstante conocimientos muy vastos, no ser más que un jurista mediocre",⁷³ ya que como bien lo explica *Gustavo R. Velasco*, "...ni en el campo más estrecho puede una persona aproximarse al dominio de todos los detalles de una ciencia. Lo que sí puede es alcanzar el saber que le permita asir esos detalles en el momento y lugar donde los necesite y sacar partido de ellos...".⁷⁴ *Charles Eisenmann* también expresa su

⁶⁹ Edmundo Escobar, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁰ Informes de la I. Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, *op. cit.*, p. 271.

⁷¹ *Idem*, p. 287.

⁷² *Idem*, p. 330.

⁷³ Rafael de Pina, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ Gustavo R. Vealso, *La Preparación del Abogado*, *op. cit.*, p. 31.

opinión al decir que la enseñanza del Derecho debe ser una "...enseñanza destinada a proporcionar el conocimiento jurídico y los recursos intelectuales requeridos para la solución de problemas jurídicos..."⁷⁵ ideas que comparte *Jorge Witker V.*, quien como hemos visto a lo largo de este ensayo, se ha preocupado por aportar a la Pedagogía Jurídica sus puntos de vista, en este caso atinado sin lugar a dudas: "...no basta con enseñar conocimientos (contenidos informativos) sino básicamente un conjunto de experiencia de aprendizaje".⁷⁶

Poco puede abundarse ante tales manifestaciones, que no son sino el reflejo de una realidad. Es conveniente que en las escuelas y facultades de Derecho se introduzcan a la brevedad estas ideas acerca de la finalidad de la enseñanza del Derecho, y hacerlas válidas, vigentes, actuantes, para lo cual se requiere en primer término, el convencimiento de las autoridades educativas, para después pasar a la etapa más delicada y compleja que sería la de inducir y comprometer a los maestros para que desempeñen esta nueva modalidad de la enseñanza con el interés y la misma convicción con que imparten sus materias. La actitud del maestro es, en este aspecto, indispensable, ya que de él depende en buena medida, el que se lleve a cabo la finalidad de la enseñanza del Derecho en los términos aquí planteados. Afortunadamente, aún sin saberlo, muchos maestros ejercen su magisterio cumpliendo con la finalidad descrita, pero muchos otros también persisten en la vieja práctica de volcar en los alumnos todos sus conocimientos, —información simplemente—, olvidando o ignorando que la enseñanza no puede reducirse a eso solamente, y que ofrece mayores posibilidades para ser efectivamente formadora de abogados.

6. LA ORGANIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Una vez que se han obtenido respuestas claras y definitivas a las cuestiones planteadas previamente, con base en ellas y sólo en ellas, la Pedagogía Jurídica debe atender enseguida a la primera expresión objetiva y tangible de su proceder, ya que los frutos alcanzados en las fases reflexivas del análisis, —como podríamos titular a la labor conceptual que se realiza para determinar el objeto, la orientación, el contenido y la finalidad de la enseñanza del Derecho—, deben traducirse en proposiciones y acciones concretas destinadas a hacer efectivo y factible del esfuerzo educativo. Para ello, el primer paso obligado

⁷⁵ Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁶ Jorge Witker, *V. Técnicas de la Enseñanza del Derecho, op. cit.*, p. 87.

es la concepción y el diseño del Plan de Estudios y de los Programas de cada una de las materias que lo integrarán, pues son ellos los instrumentos prácticos que permitirán que se cumplan realmente con los postulados y principios que se deriven de la fase conceptual. La Pedagogía Jurídica interviene proporcionando primeramente los objetivos, para después, con el auxilio directo de la ciencia de la educación, construir el curriculum académico que sustente y posibilite la acción educativa.

Los planes y programas de la enseñanza del Derecho deben poseer un triple soporte conceptual, que abarque esencialmente la conjunción adecuada de aspectos filosóficos, pedagógicos y jurídicos. Esta fundamentación debe alcanzarse al haberse estudiado detenidamente, y sobre todo, al resolverse, las importantes cuestiones del objeto, orientación, contenido y finalidad de la enseñanza. Debe reiterarse: no es posible ofrecer una educación jurídica seria y elevada, si no se cuenta previamente con ese esfuerzo de reflexión. Muchas escuelas y facultades de Derecho han surgido como respuesta a factores de índole diferente a aquellos que idealmente deben cimentar la educación; se ha respondido sobre todo a cubrir la demanda de la población estudiantil que a toda costa desea ser profesionalista, y casi de la nada se han levantado escuelas que precipitadamente proponen sus planes y programas, contratan profesores, e inician de inmediato la impartición de la carrera de Derecho. Así, al carecer del sustento teórico, carecen también de prestigio, y a ellas arriban quienes no quieren o no pueden ingresar a los centros educativos que la sociedad considera como verdaderos semilleros de auténticos abogados. Y en este aspecto, como en muchos otros, la visión de la generalidad no se equivoca.

El ejercicio conceptual recomendado permitirá definir las metas, y éstas a su vez, serán las directrices sobre las que se elaboren los planes y programas. Éstos pues, deben responder a la intención con que fueron diseñados, y deberán estructurarse precisamente para que cumplan con esa finalidad. La acción educativa ejercida a través de los planes y programas arrojará como resultado, la generación de profesionales "formados" según los principios rectores que cada escuela o facultad se fije. Por esta razón, no puede pensarse en la existencia de un modelo único de planes y programas aplicables a todas las instituciones por igual; éstos variarán según el marco conceptual de cada una, según los valores pedagógico-jurídicos que se hayan determinado específicamente, y de acuerdo, finalmente, al tipo de abogado que se desee ofrecer a la sociedad. Sin embargo, sí es posible pensar

en algunos elementos teóricos que concurren a la concepción y diseño de los planes y programas, que se fundan en la ciencia de la educación y en la experiencia acumulada en el largo camino que ha recorrido la enseñanza del Derecho.

Primeramente, hay que tener siempre presente que "como toda idea atractiva, el plan de estudios abraza la tentación de volcar en su diseño las ilusiones del más puro idealismo, pero no se trata de ello, sino de procurar un esquema posible y útil, destinado a servir una concepción que es la del hombre de derecho que queremos forjar para el futuro",⁷⁷ como lo explica *Jorge Reynaldo Vanossi*, por ello debe recurrirse a la Pedagogía, para no caer en estos errores, y poder edificar realmente planes y programas que cumplan con su misión. La organización de la enseñanza del Derecho debe, más que en ningún otro tema de la Pedagogía Jurídica, recurrir a la ciencia de la educación, y debe hacerlo sin prejuicios ni resquemores, con el íntimo convencimiento de que es necesario su auxilio, ya que, como lo hemos señalado con anterioridad, el hecho de que los promotores, ideólogos y profesores de las escuelas y facultades de Derecho sean grandes y connotados juristas, esto no significa que posean las características idóneas para ser considerados como atinados planificadores de la enseñanza del Derecho.

El primer elemento común es éste, y así, en concordancia con lo expuesto, los profesionales de la pedagogía aportan su opinión experta sobre lo que son los planes y programas y sobre lo que debe considerarse en su diseño. Partamos de una idea elemental pero básica que señala *Edmundo Escobar*: "El plan de estudios corresponde a la idea de seleccionar y disponer de la manera más adecuada el conjunto de conocimientos, experiencias, destrezas, etcétera, que el alumno adquiere en forma sistemática y metódica",⁷⁸ o dicho de otra manera y específicamente para la enseñanza del Derecho, ésta "seguirá un plan metódico de desenvolvimiento, a través de los cursos de estudio, de manera que el estudiante vaya en forma gradual y progresiva, dominando el campo de las ciencias jurídicas" como lo expresa *Juan Isaac Lovato*.⁷⁹

⁷⁷ Jorge Reynaldo Vanossi, *Pedagogía Jurídica*, ensayo incluido en la obra de Jorge Witker V. *Antología de Estudios Sobre Enseñanza del Derecho*, op. cit., pp. 224-225.

⁷⁸ Edmundo Escobar, op. cit., p. 34.

⁷⁹ Informes de la I. Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, op. cit., pp. 313-314.

Los anteriores conceptos son reforzados y explicados a profundidad por *Francisco Larroyo*, de quien resulta interesante conocer sus ideas, expuestas en las citas siguientes: "Todos los procedimientos modernos para organizar la materia de enseñanza aspiran a que el plan de enseñanza sea orgánico y funcional. Un plan orgánico de enseñanza enlaza de modo natural y múltiple las asignaturas o temas concretos, mediante una red de comunicaciones que permite aproximar la dispersión mental de los alumnos y logrando un efecto total. Como el verdadero aprender implica una transformación gradual y valiosa de las aptitudes humanas, el plan orgánico concibe de peculiar modo las materias de enseñanza. Éstas dejan de ser meros signos de erudición e información, para convertirse en medios de eficiencia en la vida real, presente y futura... La materia de enseñanza se selecciona y ordena para crear en el alumno la mejor habilidad en las situaciones concretas de la profesión. El aprendizaje queda así articulado en función del círculo de experiencias actuales y posibles del alumno. El plan de enseñanza es como un mapa de experiencias valiosas".⁸⁰ "Los programas deben ser variados en su contenido, su objeto no es imponer lo que debe ser aprendido sino proponer lo que puede ser utilizado. Los programas son una selección de lo útil, presentado en forma ordenada... el maestro debe poder moverse en todos ellos eligiendo, reduciendo, ampliando y agrupando los conocimientos... Los programas deben ser abiertos, a fin de facilitar las adiciones, supresiones y modificaciones de su contenido... La observación y la experimentación del maestro obligan a la revisión permanente, y por otra parte la obliga el progreso de la ciencia... Un program amplio, variado y abierto, tiene cierta analogía con un itinerario de excursión, que señala los puntos importantes y deja libertad de acción para organizar circuitos secundarios... el recorrido se hace en unos lugares lentamente, porque el sitio interesa, en otros se hace con rapidez, por la razón contraria... cada viajero tendrá al final recuerdos distintos, según su tipo, inclinaciones, cultura, pero todos tendrán una noción global del conjunto..."⁸¹

Ahora bien, tanto los planes como los programas de estudio deben poseer ciertas características generales, que les concederán su viabilidad, y que deben ser tomadas en cuenta también por los organizadores y planificadores de la enseñanza del Derecho. Para su conocimiento,

⁸⁰ Francisco Larroyo, op. cit., pp. 102-103.

⁸¹ *Idem*, pp. 115-117.

resultan útiles las afirmaciones de *José Manuel Villalpando Nava*⁸² quien explica que el plan de estudios constituye el producto de una actitud comprensiva a la vez que adecuada, por parte de los organismos encargados de planificar y dirigir la acción educativa escolarizada. Semejante acción, que debe tener un sentido de procedencia autoritaria, y por ello respaldado en la mayor solvencia pedagógica de quien la ejerce, debe prever lo necesario para que el plan de estudios ostente las siguientes cualidades: a) que avizore con claridad y precisión la finalidad que con él se persigue, b) que satisfaga en conocimientos y técnicas, la exigencia formativa que plantee, c) que ofrezca una sustantividad en cuanto al contenido cultural que se propone cultivar, d) que represente una unidad formativa operante en razón de los requerimientos culturales, tanto históricos como de lugar, e) que constituya en su integración, una base suficiente para toda posibilidad de mejoramiento posterior, f) que signifique un motivo constante de revisión y reforma, con la permanente mira de su ajuste a los reclamos del progreso y de las necesidades sociales. A su vez, un plan de estudios comprende tantos programas como elementos contiene; estos elementos reciben el nombre de asignaturas, porque son eso, asignaciones de contenido para ser sometidas a un proceso didáctico. El programa es una descripción detallada del contenido enunciado por cada asignatura del plan de estudios, y señala en particular el contenido, la amplitud y la profundidad de los conocimientos específicos, capaces de satisfacer las exigencias señaladas a tales asignaturas como elementos formativos. Dada la significación funcional de los programas, es preciso que en su formulación se tengan presentes ciertas condiciones: a) que su contenido sea extenso, de tal manera que abarquen todos los conocimientos posibles de ser aprendidos y que al mismo tiempo permitan tomar de ellos los indispensables, b) deben ser proporcionados, incluyendo todos los aspectos del conocimiento en forma adecuada, c) deben ser adaptables, negando rigidez, d) de amplitud abierta, deben eliminar el supuesto de una estructuración definitiva, con lo que se asegura la posibilidad de adiciones, supresiones, o cambios al tenor de las exigencias que impongan las necesidades formativas, e) su amplitud debe ser articulada, series consecuentes de conocimientos que expongan su unidad científica y progresiva, f) de amplitud metódica, graduada y sistemática.

¿Qué materias debe contener el plan de estudios? Tampoco es po-

⁸² José Manuel Villalpando Nava. *Didáctica*, op. cit., pp. 97-100.

sible responder a esta interrogante con proposiciones válidas para todas las escuelas y facultades. Nuevamente se recalca la importancia de fundamentar el plan de acuerdo a los postulados y principios que se deseen aportar. Por ejemplo, si se considera conveniente incluir en la orientación de la enseñanza del Derecho aspectos de corte ideológico, con miras a formar abogados con "conciencia social", y contrapuntarlos con aquellos que hayan recibido una educación jurídica tradicional, el plan y los programas deben inspirarse en estas ideas y obrar en consecuencia. Una clara muestra de cómo es posible diseñar un plan de estudios partiendo de la idea preconcebida de dar orientación a la enseñanza, lo es el siguiente párrafo de *Héctor Fix-Zamudio*: "Los planes de estudio constituyen la ordenación de las diversas asignaturas de una carrera, y los programas el contenido que debe dárseles a dichas asignaturas. Los planes y programas, así como una serie de actividades previas y complementarias que se interrelacionan constituyen el currículum... en la mayoría de nuestras escuelas de Derecho todavía predominan planes y programas excesivamente tradicionales, orientados con un criterio decimonónico, para formar abogados liberales, por lo que ya no se ajustan a la preparación de los profesionales con un hondo sentido de servicio social, que se requiere en nuestra época...".⁸³ Nuevamente conviene aquí reiterar que si se califica de esta manera a la orientación de la enseñanza del Derecho, se corre el riesgo de ir en contra de la realidad imperante, y en este caso particular, el tipo de abogados que sugiere *Fix-Zamudio* han quedado ya rebasados ante el panorama neo-liberal al que llega nuestro país. Se debe ser muy cuidadoso en este aspecto, pues la equivocación puede ser muy costosa. De esta forma, podemos concluir que dependerá de la intencionalidad que la escuela o facultad decida imprimir a sus egresados, la organización de la enseñanza y su planeación respectiva.

Pero, por otra parte, existe consenso entre los estudiosos de este tema, al coincidir no en la descripción y ennumeración de las materias, sino en su equilibrio y adecuada cantidad, a fin de que se puedan en realidad volver factibles las ideas obtenidas en las etapas conceptual y reflexiva, partiendo del principio pedagógico que, tal y como lo consigna *Ralph W. Tyler*, dice: "...un programa educacional no es eficiente si pretende tanto que logra poco... lo esencial consiste en elegir un número razonable de objetivos que sean en verdad asequibles en

⁸³ Héctor Fix-Zamudio. *Ensayos sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, op. cit., p. 399.

buena medida en el tiempo de que se dispone".⁸⁴ Así, ya se exige que "en la enseñanza del derecho debe evitarse el enciclopedismo o recargo de asignaturas, al igual que el preciosismo o profundización prematura y unilateral de una o más disciplinas con desmedro de las restantes, a cuyo efecto se establecerá un equilibrio adecuado entre la enseñanza y recepción de conocimientos y experiencias que miran a la cultura general —inclusive al estudio de los problemas cruciales de la época— con el estudio y aprendizaje de materias y técnicas propiamente jurídicas"⁸⁵ según las palabras de *Anibal Bascuñán Valdés*, que pueden ser complementadas por *Eduardo Pallares* al afirmar que "hay que despojar a los planes y programas del carácter enciclopédico que tienen; y formarlos para que se suministre al estudiante los conocimientos básicos de las diversas ramas del derecho y formar en él un criterio jurídico sólido para prepararlo debidamente al ejercicio de la profesión",⁸⁶

Repetimos que no puede proporcionarse el listado de las materias que contendrá un plan de estudios de carácter universal o totalizador, pero sí debe atenderse esta recomendación de revisar cada caso particular para evitar la sobrecarga de que hablan los autores. *Gustavo R. Velasco* indica que en esta ineludible actividad revisora, se requiere "...hacer comparecer cada materia y someterla a examen para que acredite su derecho a figurar en el plan de estudios... En las facultades de derecho existe una presión constante para la creación de nuevas cátedras, así como para alargar las que ya figuran en el curriculum, y no hablemos del clamor de las asignaturas que quieren ingresar al plan de estudios... (Hay que) recapacitar sobre los extremos a que puede llegar el afán de enciclopedismo jurídico... lo que se gana en la extensión por fuerza tiene que perderse en intensidad... hay que enseñar lo esencial, hay que evitar que nuestros planes, ya muy completos y que inclusive requieren una poda aquí y allá, crezcan más porque ello conduciría a una mayor superficialidad de los estudios, hay que acentuar lo fundamental",⁸⁷ lo cual plantea un nuevo problema que la Pedagogía Jurídica debe resolver, y que es comentado atinadamente por *Pietro Barcellona* y *Giuseppe Cotturi* cuando afirman que "podar algunas ramas secas para mantener en unas dimensiones razonables el número de argumentaciones y de páginas en una primera

⁸⁴ Ralph W. Tyler, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁵ Informes de la I Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho, *op. cit.*, p. 272.

⁸⁶ *Idem*, p. 346.

⁸⁷ *Gustavo R. Velasco, La preparación del abogado, op. cit.*, p. 29.

aproximación a los estudios jurídicos, significa también introducir un criterio de valoración sobre lo que hay que considerar rama seca en la experiencia jurídica..."⁸⁸

Ineludiblemente tiene que establecerse este criterio de tipo pedagógico-jurídico si en realidad se desea revisar y modernizar el plan de estudios. Sin embargo, no puede fundarse sólo en corazonadas o en modas pasajeras; debe tomarse en consideración, nuevamente, el ejercicio conceptual que permitió obtener ideas claras sobre el objeto, orientación, contenido y finalidad de la enseñanza del Derecho. No se trata de cambiar por cambiar, por ofrecer materias que son de actualidad y eliminar otras consideradas como anticuadas, puesto que la enseñanza del Derecho no persigue formar juristas para un momento dado, determinado por los azares políticos, económicos o sociales, sino abogados capaces de ejercer de profesión cualquiera que sea la situación que enfrenten, la que superarán porque son poseedores de los conocimientos y habilidades que les permiten resolver y salir airoso de toda problemática. Si la enseñanza del Derecho debe ser formativa y tener como finalidad el enseñar a aprender el Derecho, su prueba de fuego es, precisamente, el diseño de los planes de estudio, puesto que éstos serán el medio para que efectivamente se cumplan los propósitos que se le asignan. El abogado "formado" puede desarrollarse en cualquier circunstancia; el "informado" en cuestiones de moda, deberá aprender de nuevo cuando la realidad se transforme.

En síntesis, la organización de la enseñanza del Derecho es el primer resultado práctico y operante de la Pedagogía Jurídica, que vierte en el diseño de los planes y programas de estudios, sus principios y postulados, fruto de la reflexión, proporcionándoles sentido, metas, orden y sistema, y también, no hay que negarlo, validez y reconocimiento académico y social.

7. EL MÉTODO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Curiosamente, el aspecto que más preocupación causa a quienes estudian la Pedagogía Jurídica, lo es el del método de la enseñanza del Derecho. Y lo califico así, puesto que es sorprendente el gran número de páginas y de ideas que se han vertido sobre este particular que, a mi juicio, ocupa un lugar secundario frente a cuestiones tan importantes como lo son las que hemos recorrido a lo largo de este trabajo.

⁸⁸ *Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturi, op. cit.*, p. 29.

Es una constante actual en materia educativa, la crítica acerva en contra de los métodos tradicionales de enseñanza, a los que se acusa de tendenciosos, pasivos, prepotentes y otras denominaciones no menos afrentosas, como si en realidad del método de enseñanza dependiera el éxito o el fracaso de la formación de los abogados. Primeramente, cabe señalar que el método de enseñanza corresponde no a la teoría de la Pedagogía Jurídica, sino a su aspecto práctico y operante, la Didáctica Jurídica, pero considero propicio incluirlo en este análisis puesto que, para muchos, constituye la parte medular del problema de la enseñanza del Derecho. Aclaremos de una vez que si una escuela o facultad de Derecho cuenta con objetivos claros, fundados en la reflexión conceptual que hemos propuesto, y si también —como debería ser—, se compone de maestros conscientes de su deber magisterial, y de alumnos entendedores de su responsabilidad estudiantil y comprometidos con ella, la cuestión del método de la enseñanza del Derecho sería insignificante puesto que se cumpliría a cabalidad su finalidad, que es la de aprender a aprender el Derecho. Sucede también que, muchas veces, para desvirtuar lo verdaderamente importante, es decir, determinar el objeto, la orientación, el contenido y la finalidad de la enseñanza del Derecho, se recurre al problema de su método, achacándose al tradicionalismo e intolerancia de los maestros el que los abogados presentes y futuros no sean “juristas activos, críticos y sensibilizados de los problemas colectivos”.⁸⁹

Las nuevas tendencias se han dirigido a demostrar, por una parte, la ineficacia y atraso de los métodos señalados como tradicionales, especialmente la lección oral, y por la otra, a expresar las bondades de las técnicas educativas llamadas modernas, con las cuales los estudiantes tomarían una participación más activa. Representante de esta corriente de pensamiento, lo es *Jorge Witker V.*, de quien ya expresamos su profundo interés por la Pedagogía Jurídica, que pretende modificar los métodos de enseñanza, insistiendo en la obsolescencia de los antiguos y en las virtudes de los nuevos. Así dice que “el método tradicional de la clase magistral tiene en el monólogo del maestro, en la pasividad del alumno y en la evaluación subjetiva y arbitraria, las técnicas acordes a ese método autoritario”,⁹⁰ y ofrece un cuadro evaluatorio de este método en el que señala sus características: a) tiene por objeto transmitir conocimientos al alumno median-

⁸⁹ Jorge Witker V., *Técnicas de la enseñanza del Derecho*, op. cit., p. 130.

⁹⁰ *Ibidem*.

te la exposición sistematizada de ciertas informaciones y materias; b) expone en forma directa conocimientos sistematizados por el profesor; c) impone al alumno un conocimiento amoldado a la sistematización prefijada por el profesor; d) conduce a una actitud pasiva del alumno en la recepción de los conocimientos; e) induce a la memorización de los conocimientos expuestos por el profesor; f) inhibe la actitud crítica del alumno para examinar la veracidad objetiva de las afirmaciones del profesor; g) permite transmitir un máximo de conocimientos en un mínimo de tiempo; h) facilita la entrega de información sobre materias no sistematizadas en la fuente de consulta; i) conduce a una estructura y visión conceptual del derecho; j) reduce al mínimo la necesidad de otras fuentes de información o estudio.⁹¹

En contraposición al método tradicional, *Witker* señala que “en lugar de espectadores pasivos de su formación que se asoman a las clases sin ningún trabajo previo, los estudiantes, los verdaderos protagonistas de la función docente, han de preparar los materiales entregados o indicados por el profesor, con inquietudes de interrogantes, dispuestos a discutir académicamente bajo la dirección del docente”,⁹² y para ello presenta como la opción a seguir a la educación activa, la que requiere de “técnicas dinámicas y de una dialéctica creadora y moderna”.⁹³ Las características de esta enseñanza activa son las siguientes: a) estudio previo del alumno, en cierta medida. El estudio puede traducirse en información y cierto grado de elaboración propia del alumno; b) máximo de flexibilidad en cuanto a tematización de la materia; c) no induce a la memorización mecánica de datos, hechos o normas, sino a una memorización que se logra a través de la utilidad de éstos; d) máxima participación del alumno, tanto en la preparación de la clase como en el desarrollo de ésta; e) permite y estimula la capacidad crítica del alumno. El mayor o menor grado de esta característica depende de cómo organice el docente las actividades y materiales; f) avance en el desarrollo de las materias más lentas; g) elaboración por parte del docente de cierto tipo de materiales de enseñanza. A través de ellos se puede guiar al alumno, en forma efectiva, en el planteamiento de problemas y preguntas; h) tiene una importancia fundamental como elemento formativo del propio docente; i) implica una forma enteramente distinta de abordar el estudio del Derecho. Fundamentalmente hay un mayor contacto con los proble-

⁹¹ *Idem*, pp. 130 y 131.

⁹² *Idem*, p. 132.

⁹³ *Idem*, p. 130.

mas jurídicos que plantea la vida diaria. No implica un abandono del estudio de principios e instituciones; j) esfuerzo de los docentes en cuanto organización de los cursos, y de los alumnos en cuanto a estudio más o menos continuado y riguroso.⁹⁴ Los recursos didácticos que propone *Witker* para llevar a cabo esta enseñanza activa, los engloba de la siguiente manera: a) transmisión oral de conocimientos por parte del profesor; b) transmisión oral de conocimientos por parte de los estudiantes; c) realización de foros, paneles, etcétera; d) práctica consistente en el ejercicio del quehacer profesional en base a situaciones hipotéticas planteadas por el profesor; e) lecturas controladas; f) análisis de jurisprudencia; g) aprendizaje clínico del Derecho; h) investigación dirigida.⁹⁵

La respuesta —previsora— a estas ideas, la proporcionó muchos años atrás *Rafael de Pina*, quien así se erige en el más celoso guardián de los métodos tradicionales, con argumentos contundentes, mismos que es interesante conocer en toda su extensión, pues son realmente ilustrativos y llenos de verdad: "La lección de cátedra, que es el método tradicional de transmitir el conocimiento, al menos en las facultades de Derecho, consiste en la explicación oral de los temas o materiales integrantes de un programa universitario. . . Una lección de cátedra puede ser buena o mala, como puede ser bueno o malo un discurso o un libro. . . La lección oral, ¿coloca ineludible y fatalmente al alumno en ese estado de pasividad (absoluta según algunos) de que se habla con frecuencia en relación con ese modo de transmitir los conocimientos? A nuestro juicio no. La lección oral, cuando el que la da es un verdadero maestro, si se encuentra frente a verdaderos discípulos, es uno de los medios más eficientes de transmisión del conocimiento. . . La lección de cátedra es, por otra parte, el único método posible de la enseñanza teórica. Se ha abusado sin duda de ella, y sobre todo, se ha incurrido en el error de utilizarla como medio exclusivo de la docencia jurídica, pero es innegable que tiene un valor decisivo si emplea inteligentemente y para lo que realmente sirve. . . Cuando se trata de la lección oral hay que tener en cuenta que no es una conferencia, ni un monólogo ni menos un discurso. Una lección oral debe caracterizarse por su sencillez y por su claridad. La exposición del tema ha de ajustarse al nivel cultural de los alumnos, que el profesor no debe desconocer. . . Cualquier método o medio de enseñanza requiere, para ser eficaz, la colaboración del alumno. En la

⁹⁴ *Idem*, pp. 132 y 133.

⁹⁵ *Idem*, p. 134.

lección oral esta colaboración se manifiesta en la atención. El alumno que no entra a la cátedra con esta disposición de espíritu, no es en verdad un alumno. Frente a un caso como este no cabe hablar de que el método o medio de enseñanza es malo, sino de que el supuesto alumno no tiene más que la apariencia de tal. La bondad o deficiencia de un método pedagógico sólo puede ser contrastada sobre la realidad de un alumnado que verdaderamente merezca ese nombre, es decir, frente a un alumnado que esté dispuesto a aprender. . . Frente a la lección oral se ha propuesto el método socrático, que utiliza el diálogo entre maestro y alumno para la transmisión del conocimiento. El diálogo no es en modo alguno incompatible con la exposición oral. Puede simultanearse con ella. En la práctica sucede así, cuando la lección es atendida por alumnos que se sienten interesados por la explicación y solicitan aclaraciones del maestro".⁹⁶

La cita anterior justifica por sí misma su extensión, pues aparece repleta de verdades y de realidades que difícilmente serían rebatibles a la luz de las nuevas tendencias. *Rafael de Pina* encontró el fondo del problema, y sus aportaciones merecen una mayor difusión, sobre todo ante la excesiva importancia que se ha concedido a lo "novedoso" de las posturas que critican la enseñanza tradicional. Podemos afirmar que, en la Pedagogía Jurídica, el método es lo de más; lo importante es que cualquiera que se adopte, cumpla con su cometido, tal y como lo expresa la ciencia de la educación en palabras de *Ralph W. Tyler*: "el propósito real de la educación no es que el maestro realice ciertas tareas, sino que promueva cambios significativos en las pautas de conducta del estudiante".⁹⁷ Si el maestro lo consigue, usando el método que mejor le parezca, se ha cumplido con la finalidad de la enseñanza del Derecho; si no lo logra, a pesar de haber utilizado ya sea el tradicional o los activos, puede decirse que ha fracasado en su misión. . . El maestro, pues, no es relevante, lo trascendental es el resultado.

Definitivamente, el método particular que cada maestro siga, no es otra cosa que la guía para el aprendizaje de la ciencia jurídica, de acuerdo con la finalidad que le hemos asignado a la enseñanza del Derecho. El aprendizaje, de conformidad con lo que marca la pedagogía, es un proceso que, como indica *José Manuel Villalpando Nava*, "tiene dos etapas: comprensión y asimilación. . . La comprensión con-

⁹⁶ *Rafael de Pina*, *op. cit.*, pp. 33 a 37.

⁹⁷ *José Manuel Villalpando Nava*, *Didáctica de la Filosofía*, Editorial Porrúa, México, 1971, pp. 91 y 92.

siste en que el alumno perciba con claridad y precisión, las nociones que se manejan en la explicación de un asunto determinado, así como las relaciones, proporciones y modalidades de éstas, a fin de que elabore en su mente un esquema completo y comprensible de los elementos que se le han presentado. La asimilación representa un trabajo posterior en el que, sobre la base del esquema mental elaborado mediante el esfuerzo de comprensión, el alumno amplía la información, aclara las dudas, revisa los conceptos y sus relaciones, y conserva funcionalmente el referido esquema mental, para aplicarlo en situaciones concretas. Esta aparente sencillez del proceso por el que el alumno aprende lo que el maestro trata de enseñarle, comprende dos etapas sucesivas, correspondientes... la primera es el desarrollo de la clase, cuya meta es la comprensión, y la segunda el estudio extra clase, que conduce a la asimilación".⁹⁸

Finalmente, podemos afirmar que enseñar Derecho, no significa la repetición inerte de temas, carentes de significación formativa y de interés vital para los alumnos, ni tampoco el desarrollo mecánico de programas, inoperantes y tediosos desde el ángulo de los profesores; muy por el contrario, consiste en la guía del esfuerzo de los alumnos, encaminado al aprendizaje, provechoso y atractivo, realista y funcional, de contenidos que aluden a la vida del hombre y al mundo en que se mueve.⁹⁹ Ahora bien, el maestro tiene libertad absoluta para elegir el método que considere más conveniente, pero para lograr la finalidad de la enseñanza del Derecho, debe cumplir con una serie de preceptos, que no tienen relación directa con el método, y sí, por el contrario, con los fundamentos pedagógicos que atañen a su función magisterial, es más, resultan de aplicación válida cualquiera que sea el método utilizado. Siguiendo a *Ralph W. Tyler*,¹⁰⁰ el maestro debe fijarse como propósitos firmes de conducta y de acción en el desempeño de la cátedra los siguientes: 1) estimular la comprensión de los hechos y principios importantes; 2) familiarizar al alumno con las fuentes de información de cada asunto; 3) desarrollar la habilidad para interpretar los hechos y el derecho; 4) desarrollar habilidad para aplicar los principios aprendidos relacionándolos con problemas concretos, y dimensionando la capacidad para resolver problemas de la materia; 5) desarrollar habilidad para estudiar la materia y poder co-

⁹⁹ Estas ideas, como muchas otras que he postulado a lo largo del presente trabajo, se derivan de la reflexión producida por la lectura y comprensión de algunas de las obras pedagógicas de mi padre, José Manuel Villalpando Nava.

¹⁰⁰ *Ralph W. Tyler, op. cit., p. 52.*

municar los resultados del estudio; 6) relacionar su materia con otras plios y colaterales de su materia; 8) promover la adquisición de acticon las que se fundamente recíprocamente; 7) cultivar intereses amitudes personales y sociales con base en su materia. Así, ante la importancia de estas tareas, responsabilidad natural del maestro, las dificultades que se plantean respecto del método de enseñanza pasan a ser meras distracciones intelectuales que no resuelven el verdadero sentido del problema de la enseñanza del Derecho. Lo preocupante en realidad, es contar con maestros que puedan asumir con éxito su misión.

8. UNA PEDAGOGÍA JURÍDICA PARA EL FUTURO

Ha quedado de manifiesto la importancia que tiene la enseñanza del Derecho, pues representa la posibilidad de que se continúe formando abogados que cumplan con un papel determinante en la sociedad. Por esta razón, y ante la grandeza de nuestra profesión, resulta indispensable el estudio científico y doctrinal de su enseñanza, a fin de que la noble tradición del ejercicio del Derecho como instrumento para la búsqueda de la justicia, forjada en el transcurso de los siglos, se proyecte hacia el futuro con ímpetu con la solidez que demanda el incesante y vertiginoso progreso de la vida humana. La enseñanza del Derecho, sobre bases firmes y serias, se convierte así, en el sendero que ha de seguirse para conseguir que la profesión del abogado permanezca y fructifique.

Con la intención de contribuir al caudal de conocimientos e información que sobre este tema existe, en este apartado pretendo recapitular las ideas que han sido expuestas a lo largo de este trabajo, a fin de integrar una serie de conclusiones que se derivan de las aportaciones de los autores que hemos revistado, unificando los criterios de acuerdo a los comentarios y reflexiones que han surgido durante su estudio, todo ello con el interés de proponer, finalmente, las posibilidades y perspectivas de una Pedagogía Jurídica útil para el futuro.

Durante mucho tiempo fue válida y posible la improvisación, no se requería mayor ciencia para organizar e impartir una educación jurídica, pero ahora, ante el acoso de otras profesiones, y ante el innegable avance de la Pedagogía, la enseñanza del Derecho debe estar al día, fundándose en principios teóricos y conceptuales, los que sólo es posible obtener mediante el reconocimiento de la existencia de una nueva rama del Derecho, una más pero de importancia capital, y que

es la que se refiere específicamente a su enseñanza, la Pedagogía Jurídica, que alcanza esta categoría porque posee materia propia de reflexión, rigor inquisitivo, y constituye en sí misma un cuerpo doctrinal que postula principios y soluciones a los problemas que se derivan directamente de la actividad de enseñar Derecho. En cuanto a su objeto formal, la Pedagogía Jurídica formaría parte de la Ciencia de la Educación, pero en cuanto a su objeto material, indudablemente se ubica en la Ciencia Jurídica puesto que atiende precisamente a esta parte del saber, centrándose en su enseñanza.

El objeto de la enseñanza del Derecho, es única y exclusivamente enseñar Derecho, y esto debe cumplirse sin ninguna calificación adicional que pretenda dotar a la enseñanza de algún tipo de consideración política, ideológica, pragmática, etcétera. El resultado de la enseñanza del Derecho, debe ser, siguiendo a su objeto, la generación de hombres conocedores del Derecho, los cuales, al egresar de las aulas podrán adoptar credos, compromisos, o posiciones según su gusto, pero lo harán como efecto de su calidad de hombres profesionales, y no porque la institución educativa se los haya inculcado. En este caso, podríamos decir, la enseñanza del Derecho debe ser aséptica.

Ante las posiciones encontradas que se presentan al tratar de definir la orientación de la enseñanza del Derecho, conservadoras unas y revolucionarias otras en pocas palabras, aceptamos que ésta debe contener la doble posibilidad que se postula, puesto que en ambas tesis existen elementos valiosos que deben ser considerados por los abogados, y la Pedagogía Jurídica debe encontrar de síntesis dialéctica que permita aprovechar para bien los aspectos realmente positivos, debiéndose partir de una nueva noción del Derecho, admitida por las tesis contrarias, y que se aleje tanto del dogmatismo como del radicalismo, y que haga factible al abogado una vida profesional plena y de realización personal y social. Asimismo, la presentación de la enseñanza del Derecho debe incluir necesariamente, una serie de valores entre los que destaca fundamentalmente, el reconocimiento de la inteligencia como el mejor método para la resolución de todo tipo de conflictos.

No puede hablarse de una "educación integral" en el campo del Derecho. Lo que debe enseñarse y lo que deben saber los futuros abogados es todo aquello que les proporcione un conocimiento científico, teórico y cultural del Derecho, es decir, el contenido de la enseñanza del Derecho debe ser eminentemente formativo, dejándose

el aspecto práctico al desempeño laboral que se realice durante la vida como estudiante o como profesional. Tampoco es conveniente la especulación como motivo de la enseñanza del Derecho; ésta debe ser de carácter general, a fin de mostrar todo el horizonte jurídico, y permitiendo que sea la vocación de cada quien, la que elija, en su momento natural y oportuno, los rumbos que se habrán de seguir en el ejercicio de la profesión. Hay unanimidad en que el abogado debe sumar a su cultura jurídica, una cultura mucho más amplia, y debe este aspecto ser considerado al dotársele de contenido a la enseñanza del Derecho.

La finalidad de la enseñanza del Derecho no es que los estudiantes aprendan Derecho, sino que aprendan a cómo aprender el Derecho, y esto se deriva directamente del contenido formativo que le hemos asignado a esta enseñanza. Ante la magnitud de todo aquello que comprende la profesión, una inacabable lista de conocimientos, la función pedagógica debe centrarse en proporcionar las habilidades y destrezas necesarias para que, en su momento, el abogado sea capaz de resolver cualquier situación particular. La finalidad de la enseñanza del Derecho es estimular el aprendizaje.

Es necesario e imprescindible la reflexión profunda de los aspectos fundamentales que planea la Pedagogía Jurídica, y que son el objeto, la orientación, el contenido y la finalidad de la enseñanza del Derecho, y esto compete principalmente a las autoridades educativas que a su cargo tienen la creación y operación de escuelas o facultades de Derecho. Este ejercicio conceptual es determinante para estar en condiciones de fijar las metas que se proponen lograr, y que pueden resumirse en la obtención del modelo o tipo de abogado que la institución ofrecerá a la sociedad. Todo esfuerzo educativo, y especialmente el jurídico, debe poseer un sustento teórico, del que dependerá su validez y hasta su prestigio.

Los planes y programas de estudio de cada institución deben fundamentarse de acuerdo al marco conceptual realizado, pues su estructura debe responder a las metas que se hayan determinado como producto del análisis conceptual. No hay forma de idear planes y programas únicos y universales para la carrera de Derecho, pero sí es posible acudir a la ciencia de la educación para conocer las características esenciales que éstos deben tener. Debe elaborarse con cuidado los planes y programas, eligiéndose lo sustancial y realmente importante, y evitándose el recargo y el afán enciclopedista, pero al mismo tiempo, debe establecerse un criterio que permita valorar y

decidir aquello que es sustancial e importante. Un primer paso hacia esta definición lo es el no considerar la inclusión o exclusión de materias por ser anticuadas o de actualidad, sino tomar en cuenta lo formativo o informativo de su contenido. La organización de la enseñanza del Derecho, a través de sus planes y programas, es el primer resultado práctico de la Pedagogía Jurídica.

La cuestión del método de la enseñanza del Derecho es realmente irrelevante; lo trascendental es el resultado. El maestro puede emplear el que desee, tradicional o activo, siempre y cuando obtenga lo que se ha fijado como finalidad de la enseñanza, es decir, que el estudiante aprenda a aprender el Derecho. El maestro, eso sí, debe cumplir con una serie de preceptos que se desprenden de su función magisterial, que están destinados a que sea exitosa su actividad docente, y de los cuales depende esencialmente el obtener, por parte de los alumnos, el honroso título de maestro.

La Pedagogía Jurídica abarca una gran variedad de tópicos, de los cuales en este trabajo nos hemos ocupado solamente de aquellos que pueden ser considerados como teóricos o conceptuales. Sin embargo, son éstos los que fundamentan a todos los demás, los que pueden calificarse como prácticos u operantes, tales como la selección y capacitación de los maestros, la selección y el perfil de ingreso del estudiante, la evaluación del aprendizaje, el diseño preciso de los planes y programas, el uso de métodos auxiliares para la enseñanza del Derecho, cuyos resultados, en armónica conjunción, permitirán fundamentar la acción educativa. El prestigio, la validez, y hasta la existencia de nuestra profesión depende en gran medida de las definiciones que se obtengan, y de las medidas que se pongan en práctica para realizarlas. En este sentido, la Pedagogía Jurídica es la solución.

MORAL Y DERECHO

Miguel VILLORO TORANZO

SUMARIO: I. *Diversos significados del adjetivo "moral"*. II. *Relaciones entre moral y Derecho*: 1) *Teoría de la identidad entre Religión, Moral y Derecho*. 2) *Teoría del Derecho como un capítulo de la Moral*. 3) *Teoría de la independencia entre Derecho y Moral*. 4) *Teoría de la dependencia parcial del Derecho respecto de la Moral*. 5) *Teoría de la dependencia de la Moral y del Derecho de principios morales comunes*.

I. DIVERSOS SIGNIFICADOS DEL ADJETIVO "MORAL"

La visión moral siempre ha rondado en torno del estudio del Derecho. Sin embargo, debemos distinguir los cuatro significados que se han atribuido al adjetivo "moral". Según un primer significado, por "moral" se entiende lo que se refiere a los códigos de conducta, a las prácticas y a las costumbres; en este sentido "moral" (del latín *mores*, costumbres) equivale a "ético" (del griego *ethos*, también costumbre) y decir que un Derecho está conforme a la moral no es más que constatar su acuerdo con las costumbres y modos de actuar de un determinado pueblo, sin llegar a valorar esas costumbres como buenas o malas. A este significado hace referencia el *Digesto* en dos máximas: "La costumbre inveterada tiene lugar de ley" y "La costumbre es el mejor intérprete de las leyes". Hoy este sentido original del adjetivo "moral" ha sido reemplazado por los tres significados —en especial por el último— que a continuación veremos.

Por "moral" también se ha entendido "todo lo que corresponde a las producciones del espíritu subjetivo y aun el espíritu subjetivo mismo",¹ en oposición a lo físico y a lo natural; "de ahí que las ciencias morales comprendan, en oposición a las ciencias naturales, todo lo que no es puramente físico en el hombre: la historia, la política, el arte, [el Derecho], etcétera".² Moral es, entonces, lo que debe su existencia

¹ José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, artículo "Moral", 4a. ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1968, p. 927.

² *Ibidem*.

al espíritu y a la libertad del ser humano y ciencias del espíritu, de la cultura o morales vienen a ser lo mismo. Una noción moral del Derecho vendría a ser aquella que se propone estudiarlo como un objeto de cultura diferente a los objetos estudiados por las ciencias naturales. Estos últimos, por estar sujetos a las leyes deterministas de la naturaleza, se prestan a un conocimiento exacto que puede ser formulado matemáticamente. En cambio el conocimiento del Derecho, por ser éste un producto cultural en cuya creación ha intervenido la libertad humana, no se presta a tales precisiones. En este sentido, Kelsen, cuando explica que la ciencia jurídica es ciencia normativa y no ciencia causal, asume una noción moral del Derecho. La forma más antiua de formulación de este sentido aplicado al Derecho es afirmar que el conocimiento de éste es arte y no ciencia. La definición de Celso, "Derecho es el arte de lo bueno y equitativo"³ corresponde a este sentido. Se trata, en fin de cuentas, de una cuestión metodológica. Max Kaser, en su conferencia *En torno al método de los juristas romanos*, explicó convincentemente cómo éstos manejaron el estudio del Derecho como arte, aunque, como es patente, no con las explicitaciones que se hicieron más tarde cuando se llegó a plantear con exactitud el problema metodológico.

Conectado con el anterior significado del adjetivo "moral", encontramos un tercer significado que lo refiere a la facultad cognoscitiva de las conductas rectas del ser humano. Fueron pensadores ingleses los que se plantearon la cuestión de si los juicios morales o éticos deben su existencia a la razón o más bien al instinto, a la inclinación natural, al sentimiento o afecciones patológicas. Anthony Shaftesbury (1671-1713) contestó explicando que en la naturaleza humana, además de las tendencias egoístas, se dan tendencias innatas al bien, a la belleza y a la virtud, que son captadas por el "sentido moral", una facultad cognoscitiva resultado de la experiencia interna, en la que el sentimiento opera al lado de la inteligencia. De esta manera negaba y superaba las posiciones eudemonistas y utilitaristas de otros autores ingleses, en especial de Hobbes. Pero fue Kant el que "tuvo la virtud de arrebatarse la moralidad al naturalismo y de devolverle su perspectiva ideal."⁴ En efecto, Kant defendió que el conocimiento de lo moral se realiza por la razón (práctica) y no por un sentido moral si por tal se entiende una tendencia irracional. La razón opera de dos maneras: para conocer "lo

³ *Digesto*, II, 1, párrafo inicial.

⁴ Johannes Hirschberger, *Historia de la Filosofía*, Herder, Barcelona, 1956, t. II, p. 179.

que es, lo que ha sido y lo que será", y entonces se llama "razón pura" o teórica, y para conocer lo que debe categóricamente (no hipotéticamente) ser, y entonces se llama "razón práctica". En ambos casos la razón procede a partir de postulados apriorísticos que, tratándose de la moral, dirigen la conciencia al cumplimiento de deberes según la ley fundamental: "Obra como si la máxima de tu acción debiera ser erigida por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza".⁵ Así, de acuerdo con este planteamiento kantiano y según se utilice la razón pura o la razón práctica, pueden darse dos conceptos diferentes e incommunicables metodológicamente del Derecho: "el concepto moral del Derecho", construido por la razón práctica siguiendo "la ley jurídica general; obra externamente de tal modo que el libre ejercicio de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley general",⁶ y que sirve para investigar "si lo que las leyes disponen es también justo y cuál es el criterio general que nos sirva para distinguir lo justo de lo injusto (*iustum et iniustum*)"⁷ así como para indicarnos cuándo y hasta qué punto tenemos obligación moral de obedecer al Derecho positivo; y el concepto empírico del Derecho positivo, construido por la razón pura, que "conoce las leyes externas también externamente, es decir, en su aplicación a los casos que presenta la experiencia".⁸ Según Kant, sería este último el enfoque propio de la Jurisprudencia, la cual tendría por objeto de estudio al "Derecho estricto", que Kant define así: "El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad".⁹ Michel Villey observa que esta división tajante de dos conceptos del Derecho corresponde a la práctica de la enseñanza jurídica en las escuelas o facultades alemanas a fines del siglo XVIII, "por una parte, la Facultad de Filosofía estaba encargada de la crítica de las leyes, por otra, la Facultad de Derecho quedaba confinada a la tarea ingrata y completamente mecánica de la exposición literal de los textos sin la apreciación de su valor".¹⁰ Kant, en su opúsculo *El conflicto de las Facultades*, hace suya esta separación de métodos para estudiar y enseñar el Derecho.

⁵ *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, traducción de A. García Moreno, Ed. Nacional, México, 1960, p. 47.

⁶ I. Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Trad. de Felipe González Vicén, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 81.

⁷ *Id.*, pp. 78 y ss.

⁸ *Id.*, p. 77.

⁹ *Id.*, p. 80.

¹⁰ Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Nueva edición, Dalloz, Paris, 1962, p. 253.

No se puede subrayar suficientemente la importancia de este tercer significado del adjetivo "moral" para la historia de la ciencia jurídica. Al vincular lo moral con un proceso peculiar del conocimiento, se sugiere que cualquiera otra especie de conocimiento debe excluir lo moral. El argumento, puesto silogísticamente, sería el siguiente: El conocimiento de lo específicamente moral se logra únicamente por los procesos de la razón práctica. Es así que lo específicamente jurídico difiere de lo específicamente moral. Luego lo específicamente jurídico no puede ser conocido por la razón práctica y debe ser logrado únicamente por los procesos de la razón pura o teórica. La dificultad —claro está— se encuentra en la Menor del silogismo. Lo que habría que probar es que en la realidad específica del Derecho no existe dimensión alguna de carácter moral que, para su conocimiento, no deba acudir a la razón práctica. Claro que lo específicamente jurídico difiere de lo específicamente moral. Pero esa diferencia ¿consiste en la ausencia en el Derecho de todo aspecto moral? No se quiere reconocer que el Derecho es una realidad compleja, en cuya centro aparece la dimensión moral. Se prefiere simplificar la cuestión: la distinción de métodos se transforma en distinción de objetos investigados. De un lado, se coloca a las realidades morales que se conocen por la razón práctica; del otro, a las demás realidades (y entre ellas, al Derecho) que sólo podrán ser conocidas por la razón pura. Algo debió molestar a Kant de tan tajante dicotomía, pues reconoce que el jurista no puede moverse utilizando únicamente "principios empíricos": "Una teoría del Derecho meramente empírica —escribe— es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso".¹¹ El hecho es que la dicotomía kantiana entre Moral y Derecho se convirtió en el fundamento de la ciencia pandectística alemana.¹² A ella hay que trazar los orígenes del positivismo jurídico. Un concepto estrecho de lo jurídico, identificado con el producto de un proceso cognoscitivo, sirvió para descartar de un plumazo la dimensión moral del Derecho, entendida ésta conforme al cuarto significado que ahora explicaremos.

Se puede decir que la atribución de una dimensión moral al Derecho es tan antigua como el mismo Derecho. Este aparece como una respuesta social de un grupo organizado políticamente (aunque la organización política podrá ser muy simple) para lograr objetivos en benefi-

¹¹ I. Kant, *op. cit.*, p. 79.

¹² M. Villey (*op. cit.*, p. 253), con fundamento en la obra de Erik Wolf, *Gross Deutsche Rechtsdenker* (Los grandes pensadores juristas alemanes), nos informa que Hugo, Savigny, Pucht, el criminalista Feverbach y Windscheid, así como el austriaco Zeller, estudiaron con profundidad a Kant.

cio del grupo y de sus miembros, objetivos que esos mismos miembros no pueden lograr por separado. Todos y cada uno de los miembros del grupo esperan que las soluciones que tome éste, es decir, el Derecho, deberán aplicarse en provecho o de todo el grupo (por ejemplo, para defenderlo de un peligro exterior, como podría ser el ataque realizado por otro grupo) o para mejorar la situación de los miembros. No se concibe que la fuerza del grupo sea utilizada para privilegiar a determinados miembros del grupo, a no ser que esos privilegios en favor de individuos o subgrupos redunden a la larga en ganancia para todo el grupo. Mucho menos se concibe que la fuerza del grupo sea utilizada para perjudicar a los miembros. En otras palabras, se entiende al Derecho como un instrumento al servicio del bien común; si se aparta de éste su fin, deja de ser Derecho y se convierte en actos arbitrarios de la autoridad. Para poder implementar el bien común, tiene que haber una distribución, entre los miembros del grupo, de responsabilidades, cargas y beneficios. El criterio de esta distribución es la justicia, el dar a cada uno lo suyo, atendiendo a las igualdades y desigualdades de los miembros. Por lo mismo, un Derecho que se aplicara injustamente tampoco merecería el nombre de Derecho. En este cuarto significado del adjetivo "moral", por tal se entiende lo que contribuye al desarrollo integral de los seres humanos y una noción moral del Derecho es aquella que lo considera como un instrumento al servicio del bien común que se aplica según justicia. Moral es todo lo que se refiere y está conforme a los valores propios del ser humano: bondad, justicia, generosidad, amor, etc., y que contribuye al desarrollo humano como tal, en oposición a lo inmoral que es lo que degrada al ser humano en la bestia que también se encuentra presente en la naturaleza humana. Los valores morales humanos son las directrices para que el hombre logre su desarrollo integral, para que el hombre realice su último fin. Si por la Moral se entiende la disciplina que estudia a la luz de la razón la rectitud de los actos humanos con relación al fin último del hombre o a las directrices que se derivan de nuestro último fin, una concepción del Derecho que destaca al bien común y a la justicia como finalidades del mismo, es una noción moral del Derecho, puesto que bien común y justicia son directrices para realizar el fin último del hombre.

Este cuarto significado es el que nosotros tomamos para hablar de nociones morales del Derecho. Es claramente un significado filosófico. Considera al Derecho como un medio para realizar el fin último del hombre, relacionándolo ya sea con la justicia y el bien común, ya con

cualquier otro ideal de perfección, como puede ser la convivencia civilizada.

Alguna noción moral del Derecho es espontánea a todo individuo de cualquier cultura. Intuitivamente —si no es que también racional y reflexivamente— todos entendemos que lo que se llama Derecho (leyes, instituciones, jueces, gobierno) debe en alguna forma servir a hacernos más humanos, a promover una convivencia civilizada, a favorecer el desarrollo de los individuos y a controlar los abusos de los más fuertes. Los actos arbitrarios de los gobernantes los resentimos como no-Derecho. También son no-Derecho el incumplimiento de un pacto, la violencia injustificada, la rapiña y el hurto, el asesinato. Aunque parece injustificada científicamente la derivación etimológica que hace Ulpiano del término *ius* (Derecho) de *iustitia* (justicia),¹³ el que así lo haya explicado tan ilustre jurista refleja la noción general espontánea de lo que se suele entender por Derecho. El sentido común del hombre de la calle está de acuerdo con lo que escribió Karl Jaspers: "El derecho es el pensamiento noble de los hombres que quieren dar a su vida un fundamento; éste debe, ciertamente, ser asegurado por la fuerza, pero no ser determinado por ella. Cuando los hombres adquieren conciencia de su calidad de hombres, cuando reconocen a la persona humana como tal, recurren a los derechos del hombre y se apoyan en un Derecho natural al que todos pueden recurrir, vencedores y vencidos."¹⁴ Tal es una noción moral del Derecho.

En la historia de la cultura, la dimensión moral del Derecho aparece al principio más vinculada a la solidaridad con el grupo que la autonomía de la conciencia moral. "El hombre vive colectivamente, en grupo con otros hombres. En el origen se disolvía enteramente en la vida del grupo, y su amor propio, el sentimiento de su propio ser, arraigaba plenamente en el sentimiento de su pertenencia al grupo."¹⁵ "Las exigencias puestas por la conciencia moral se sienten, en efecto, como concepciones y exigencias del grupo y toman nueva fuerza de éste, es decir, no se viven como exigencias de un sentimiento jurídico autónomo y aislado, sino también como propias del grupo por cuya existencia y

¹³ *Digesto*, inicio. La correcta etimología de *ius* es su derivación de una raíz sánscrita que significa ligazón, unión. *Ius* es, por lo tanto y según su etimología, lo que une y liga a los miembros de un grupo social.

¹⁴ Karl Jaspers, *Di Schuldfrage* (1946), citado en *El derecho de ser hombre*, editado por Joannes Hersh, Trad. de Gonzalo Arias Bonet, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1973, # 871, p. 459.

¹⁵ Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 71.

con cuya fuerza están relacionadas. Conciencia de grupo y conciencia jurídica son fenómenos estrechamente ligados."¹⁶ "Entre los griegos, la ciudad es la norma de la moral y de la religión. Constituía un ideal al que había que consagrarse de manera absoluta y era ella la que señalaba los medios que se tenían que seguir para alcanzar los fines que ella misma señalaba. Actuar contra las leyes o contra los dioses era ofender a la ciudad."¹⁷ La *polis* o ciudad-Estado de los griegos era capaz de suscitar lealtades morales más intensas que las que posteriormente ligaron a los ciudadanos con los Estados modernos. En los primeros siglos de su historia, Roma fue en realidad una *polis* o ciudad-Estado.¹⁸ Como prototipo del ideal romano, Virgilio propuso a su héroe Eneas, encarnación de la virtud de la *pietas* (lo llama *pius Aeneas*) en la cual la responsabilidad moral individual se conjuga con los deberes a la polis y a los dioses. Es lo que se ha llamado el monismo de responsabilidad, que concibe al desarrollo moral individual como parte integrante del desarrollo del ciudadano y del hombre religioso. No hay moralidad posible fuera del marco de la polis y de los dioses de ésta. Sin embargo, es la cultura griega la que nos ofrece en la *Antígona* de Sófocles el primer admirable ejemplo de una conciencia moral individual rebelándose contra las injustas órdenes de un gobernante.¹⁹ Pero será el Cristianismo el que pondrá el acento en que la auténtica moral consiste en vivir desde la interioridad de la conciencia personal la responsabilidad de alcanzar la perfección moral y no en someterse por actos meramente externos a las normas del grupo social. El fundamento hay que buscarlo en las enseñanzas de Nuestro Señor Jesucristo, particularmente en las contenidas en el llamado "sermón de la montaña",²⁰ en las que se destaca que la perfección no consiste en "obrar vuestra justicia delante de los hombres" sino en la rectitud de intención. Después San Pablo habló de la ley que la naturaleza ha escrito en los corazones, la cual da testimonio conjuntamente en la con-

¹⁶ *Id.*, p. 78.

¹⁷ Philippe Delhaye, *Permanence du droit naturel*, Nauwelaerts, Lovaina, 1967, p. 23.

¹⁸ Así lo considera el historiador Arnold J Toynbee, para quien Roma era uno de "los múltiples Estados locales en los que estaba articulada la Sociedad Helénica antes del nacimiento del Imperio romano" (*A Study of History*, vol. I, Oxford University Press, Londres, 1962, p. 52). Será Roma la que llevará a la civilización helénica a su máxima difusión al crear el Estado universal correspondiente a esa civilización.

¹⁹ Nos referimos, por supuesto, al célebre pasaje de los versos 430 a 459 de la Escena III.

²⁰ *Evangelio según San Mateo*, v. I a VII, 27.

ciencia y en los pensamientos, ligando unos con otros.²¹ La enseñanza tradicional del Cristianismo es que el juicio que forma el sujeto en su conciencia acerca de la moralidad de sus actos "es la regla próxima e inmediata (subjetiva) de nuestras acciones, porque ninguna norma objetiva (ley) puede convertirse en regla actual de un acto, si no es a través de la aplicación que el sujeto operante haga de ella en sí mismo; aplicación, que, para ser norma válida de nuestro obrar, debe anteceder y acompañar el acto, no sólo seguirlo."²² De acuerdo con esto, una noción moral del Derecho es aquella que lo critica y valora como digno de ser aceptado por la conciencia moral, porque se ve en él una ley capaz de contribuir a la perfección moral de los individuos humanos. Las nociones morales del Derecho lo encuadran en una visión moral y, por lo tanto, filosófica. De todas las nociones del Derecho, las únicas que se confiesan abiertamente filosóficas son las morales. Más aún, no pueden evitar el ser filosóficas, puesto que la Moral es una rama de la Filosofía. Esto es precisamente lo que se les ha reprochado: en cuanto filosóficas, no tendrían cabida en la ciencia jurídica. Las críticas contra las nociones morales del Derecho se levantan sobre el reproche de que estas nociones no adoptan un enfoque específicamente jurídico, de que juzgan o valoran al Derecho desde un punto de vista ajeno o extraño al mismo. Y no hay duda que la mayor parte de las nociones morales del Derecho se han propuesto y han sido formuladas desde la Filosofía o desde la Teología. Sólo a partir de los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial se han preocupado seriamente los juristas de incorporar la visión moral del Derecho como parte integrante del método jurídico. Así nuestra reflexión nos lleva a plantearnos dos cuestiones: ¿Cuáles son las relaciones entre Moral y Derecho? y ¿Cuál es el papel del enfoque moral en el método jurídico? En el presente ensayo, nos limitaremos a contestar la primera de esas dos preguntas.

II. RELACIONES ENTRE MORAL Y DERECHO

Desde Christian Thomasius (1655-1728) se ha tratado de distinguir lo específicamente jurídico de lo específicamente moral. La cuestión apareció como una exigencia de depuración del método jurídico. Esto debemos tenerlo presente. Pero, para llegar a un correcto planteamiento

²¹ *Epístola a los Romanos*, II, 14-15.

²² Francesco Roberti, *Diccionario de Teología Moral*, Trad. de Francisco Navarro, Editorial Litúrgica Española, Barcelona, 1960, artículo "Conciencia", p. 242.

to de la cuestión metodológica, nos parece conveniente despejar la discusión de aquellas posiciones que fácilmente se pueden rechazar como impropias del método jurídico. Por eso, vamos a considerar las diferentes relaciones que se han considerado existen o deben existir entre Moral y Derecho. Se pueden formular en cinco teorías.

1) *Teoría de la identidad entre Religión, Moral y Derecho*

Es la posición de los pensamientos primitivos, cuando ni siquiera se vislumbraba la necesidad de distinguir metodológicamente entre un pensamiento jurídico, por una parte, y un pensamiento moral o religioso, por otra. A ella corresponde el monismo de responsabilidades, que mencionamos más arriba. Hoy nadie la defiende.

2) *Teoría del Derecho como un capítulo de la Moral*

Es el enfoque propio de los moralistas. Con su enfoque moral (filosófico) estudian diversos temas; uno de ellos es el Derecho. Construyen así una teoría moral del Derecho. Así procedieron Santo Tomás de Aquino y la mayor parte de los iusnaturalistas, incluso la Escuela racionalista del Derecho natural, aunque entre los miembros de ésta se dan atisbos de la teoría que mencionaremos en tercer lugar.

Lo que hay que observar sobre esta teoría es lo siguiente. Primero, que es perfectamente legítimo que una determinada moral nos diga lo que piensa del Derecho; más aún, cualquier moral permanecerá incompleta mientras no formule su explicación del Derecho, pues es inevitable que el ser humano que quiere llegar a su perfección tropiece con problemas jurídicos que deberá solucionar de acuerdo con su filosofía moral. Cuestiones tales como la usura, las relaciones obrero-patronales, la obediencia al Estado, el aborto, el deber del secreto profesional, el pago de los impuestos, no podrán ser abordadas ni resueltas con un enfoque puramente jurídico por una persona preocupada y comprometida con su desarrollo moral. Su moral debe darle respuestas.

En segundo lugar, una teoría sobre el Derecho elaborada a partir de una determinada moral puede funcionar perfectamente no sólo como moral sino también como Derecho en una determinada sociedad, siempre que en ella se dé la aceptación de esa moral. En otras palabras, sociedades homogéneas unidas por comunes valores morales no tienen dificultad alguna en aceptar como Derecho la moral que las une. Esto pasaba durante la Edad Media y también durante la mayor parte del largo reinado de la Escuela racionalista del Derecho natural.

Tercero, cuando aparece el pluralismo de las morales específicas, ya no se puede invocar la teoría del Derecho elaborada por una de ellas, aunque sea mayoritaria, como la solución obligatoria para todos. Es cuando surge la necesidad de distinguir entre Derecho y Moral, entre la obligación jurídica y la obligación moral, entre una esfera de aplicación de las normas jurídicas y otra de las normas morales. Es esta necesidad la que ha dado origen a la siguiente teoría.

3) *Teoría de la independencia entre Derecho y Moral*

Es el enfoque de los puristas de la ciencia del Derecho, el más prominente de los cuales es Hans Kelsen. Creen poder elaborar una ciencia jurídica sin ninguna contaminación proveniente de la Moral. Moral y Derecho caminarían cada uno por su propia vía sin jamás encontrarse. Sueño de pureza metódica que la realidad se ha encargado de refutar. La refutación viene de dos fuentes. Primero, del hecho que el pensamiento humano no funciona por compartimentos estancos: el pensamiento científico necesariamente funciona a partir de presupuestos filosóficos; hay que añadir que, en su marcha, nunca permanece aislado de influjos extraños al método. En segundo lugar, porque el objeto estudiado (el Derecho) no se presta a una captación unilateral, sino que irrumpe con toda su riqueza destrozando cualquier proyecto de captación simple. Un método que se esfuerza por mantenerse en la asepsia de contaminaciones por otros métodos, como el de Kelsen, a lo más que llega es a desprender jirones descarnados y sin vida de una realidad que le elude. Después de su considerable esfuerzo, Kelsen se queda en las manos con unas estructuras lógicas que son más bien presupuestos del pensamiento jurídico que su descripción.

El purismo de la teoría kelseniana tiene como punto de partida el presupuesto kantiano que el método "crea" su objeto. De ser como quiere Kant, cada objeto creado por un método diferente sería independiente e incommunicable respecto a los demás objetos. Pero el conocimiento no es creador de su objeto: aunque es verdad que el sujeto cognoscente participa e interviene en la producción del conocimiento, éste es una síntesis de factores objetivos y subjetivos. El sujeto pone la pureza metódica cuando se acerca a conocer el objeto, pero, cuando toca ese objeto, la pureza se refracta, pierde su consistencia, se altera, porque el objeto la rechaza tal como se presenta. Es este realismo de la complejidad del objeto, en el que Moral y Derecho no aparecen independientes entre sí, el que es subrayado por las dos teorías que nos falta explicar.

4) *Teoría de la dependencia parcial del Derecho respecto de la Moral*

Para esta teoría, hay materias propias y exclusivas del Derecho como hay materias propias y exclusivas de la Moral pero también hay otras materias que son comunes a uno y a otra y en las cuales el Derecho no puede proceder ignorando a la Moral sino que —por lo contrario— debe tomar en cuenta lo que ésta afirma. Habría, por lo tanto, cuestiones en las que sólo puede opinar el jurista, otras que pertenecen a la competencia del moralista y otras más en las que ambos pueden interferir y en las que el jurista no puede proceder sin tomar en cuenta al moralista, por lo menos en cuanto este último es el vocero de las concepciones morales imperantes en la sociedad.

Esta teoría fue generalmente aceptada por las sociedades del siglo XIX en las que dominaba una filosofía individualista liberal. Así la conducta del hombre en el seno de su familia debía dejarse enteramente a la Moral y el Estado debía abstenerse de intervenir en ella. En cambio, la conducta del hombre en sus negocios y en sus relaciones con obreros y competidores, puesto que estaba sujeta al libre juego de la oferta y la demanda —una ley económica que nada tiene que ver con la Moral—, era materia ajena a ésta y en la que el jurista tenía exclusividad. Por último, una cuestión como la educación de los hijos podía recibir algunas regulaciones jurídicas, pues el Estado no puede permanecer indiferente ante esta materia, pero esas regulaciones debían respetar la Moral vivida por la sociedad y, más en particular, por los padres de los educandos.

En aquellos sistemas de Derecho en que se acepta el principio de separación entre la Iglesia y el Estado, esta teoría ha servido de criterio práctico para la aplicación de ese principio. Como criterio práctico ha dado excelentes resultados. Pero no es el problema práctico el que estamos tratando aquí. Lo que nos estamos preguntando es sobre las relaciones entre Moral y Derecho en el pensamiento jurídico. Algo nos permite avanzar esta teoría sobre esta cuestión. Por de pronto, reconoce que en el mundo de la práctica del Derecho hay cuestiones en las que el Derecho debe tomar en cuenta a la Moral y que, por lo tanto, no se puede decir sin más que el Derecho sea totalmente independiente de la Moral. Se pueden alegar en este sentido algunas normas del Derecho positivo. Por ejemplo, el artículo 1830 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal estipula que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", y el artículo 1831 que declara: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario... a las

buenas costumbres." Como explica correctamente Raúl Carrancá y Trujillo, las buenas costumbres son la concretización externa de la moral pública.²³ Y el Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Octavo, se refiere a "Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres". A veces, el Derecho positivo aborda cuestiones morales de manera indirecta, ya sea condenando "actos inmorales" (artículos 267, fracción V, y 270 del Código Civil), ya refiriéndose a conceptos de contenido moral, como la buena fe o la justicia y equidad. Hart observa que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos el Derecho Penal incluye disposiciones que sólo pueden ser explicadas como intentos de implementar la Moral en cuanto tal. La mayor parte de ellas se refieren a la materia de la sexualidad.

Los defensores de esta cuarta teoría, por consiguiente, no tienen dificultad en reconocer que en algunas cuestiones el Derecho positivo hace directa referencia a la Moral o a principios morales y que en esas cuestiones el Derecho se subordina a la Moral. En lo que insisten es que —según palabras de Lord Patrick Devlin— "tiene que quedar una esfera de Moral privada en la que, en resumen y empleando un lenguaje sin refinar, no es asunto del Derecho el intervenir (*is not the law's business*)"²⁴ y que, correspondientemente, hay otras esferas en las que las normas jurídicas se justifican por los objetivos a los que tiende el Estado (por ejemplo, mantener la paz y buscar la utilidad común) sin que sea necesaria una referencia a la Moral. Por lo tanto, Moral y Derecho serían fundamentalmente independientes, pero en algunas cuestiones pueden referirse a la otra disciplina. Por ejemplo, la Moral hace referencia al Derecho cuando dice que es deber moral obedecer a la autoridad; entonces el Derecho emanado de esa autoridad se convierte en obligación moral. El Derecho hace referencia a la Moral en los artículos 1830 y 1831 del Código Civil citados más arriba. Allí donde no se da referencia explícita o implícita, cada disciplina procede por su propio camino, sin preocuparse de la otra. Ya no se acepta la posición purista de la tercera teoría, sino que se la matiza, reconociendo que en algunas cuestiones puede el Derecho depender de la Moral.

¿Cuándo debe el Derecho referirse a la Moral? O en otros términos: ¿Cuándo debe el Derecho implementar la Moral? Lord Devlin contes-

²³ Ver Raúl Carrancá y Trujillo, *Código Penal anotado*, Antigua Librería Robredo, Robredo, México, 1966, nota 559 en la p. 470.

²⁴ Lord Devlin, citado por Basil Mitchell, *Law, Morality and Religion in a secular society*, Oxford University Press, Londres, 1967, p. 2.

ta: "una sociedad puede utilizar al Derecho para implementar la Moral en la misma manera que lo utiliza para salvaguardar cualquier otra cosa que sea esencial a su existencia";²⁵ "el verdadero principio es que el Derecho existe para proteger a la sociedad. No agota su función protegiendo a los individuos de daños, molestias, corrupciones y explotaciones; el Derecho debe proteger también a las instituciones y a las ideas, políticas y morales, que son patrimonio común y sin las cuales las personas no podrían vivir juntas. La sociedad no puede ignorar la moralidad de los individuos como tampoco puede desconocer su lealtad; el Derecho florece gracias a una y otra y sin moralidad o lealtad de los individuos muere."²⁶ Por lo tanto, se debe implementar la Moral como un medio para un fin. La Moral es el cemento que une a los miembros en sociedad; hay que fraguar ese cemento en la medida que ayude a unir a los miembros y a evitar daños y rencillas entre ellos. Pero, cuando las acciones inmorales no dañan a nadie, ni directa ni indirectamente (debilitando el cemento social), no tienen por qué ser jurídicamente combatidas. La privacidad de los individuos debe ser respetada. Ante ella el Derecho debe ser tolerante. Por consiguiente, la Moral no debe ser implementada por sí misma, porque es buena o porque así la considera la mayoría; sino únicamente porque afecta los fines sociales. La defensa de la libertad y de la privacidad de los individuos también es un fin social.

Como se ve, esta teoría en realidad lo que plantea es el contenido de la Moral que debe ser implementado. A diferencia de la tercera teoría, no titubea en reconocer la relación de la Moral con el Derecho, que la primera influye en el segundo y que el Derecho toma en cuenta las soluciones que da la Moral, por lo menos en determinadas cuestiones. De hecho son muchas las soluciones morales que el Derecho ha incorporado: el respeto de la dignidad humana, la prohibición del asesinato, del robo y de otras conductas que el Derecho Penal llama delictuosas, la obligación de los padres de educar y cuidar a sus hijos, la estabilidad del matrimonio, el cumplimiento de la palabra dada por los contratantes, el respeto a las autoridades, etcétera. Sobre la mayor parte de las obligaciones morales que el Derecho hace suyas ni siquiera se plantea el problema de distinguir entre Moral y Derecho.

²⁵ *Id.*, p. 6.

²⁶ *Id.*, p. 10. Utilizamos aquí la palabra "moralidad" como diferente de "Moral". Esta es la disciplina que estudia la rectitud de los actos humanos, en tanto que la "moralidad" es el modo que tienen los individuos de vivir, aceptar y regirse por la Moral. Esta distinción corresponde a la H. L. Hart entre "*critical morality*" y "*positive morality*".

Por eso, decimos que esta cuarta teoría es mucho más realista que la tercera. También es realista en cuanto su preocupación de utilizar la distinción entre Moral y Derecho para obtener criterios sobre las materias en las que el Derecho puede y debe legislar. Acabamos de ver que Lord Devlin ya nos ha propuesto un criterio: el Derecho debe implementar la Moral cuando ésta sirva de cemento social. Esta fórmula la aceptan o podrían aceptarla todos los autores defensores de la cuarta teoría. Donde existen diferencias es en lo que se debe entender por la Moral que realiza la función de servir de cemento social y que por lo tanto, es la Moral que el Derecho debe implementar.

La interpretación más restringida es la que dio John Stuart Mill (1806-1873) en su difundido ensayo *Sobre la libertad* (1859). Para él, es tan importante el valor de la libertad que "la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esta actuación haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo."²⁷ La única excepción a este principio es el paternalismo que puede ejercerse sobre los seres humanos que no se hallen en la madurez de sus facultades, como son los niños y los miembros de las sociedades nacientes o atrasadas. Esta es la filosofía liberal del *laissez faire, laissez passer*, que encomienda al Estado gendarme la misión de intervenir únicamente para poner paz entre los miembros de la sociedad y evitar que se hagan daño entre sí, castigando a los infractores. El cemento social se reduce al orden pacífico, al margen del cual el individuo podrá hacer lo que quiera, con tal que no dañe a otro por el fraude, la traición o la violencia.²⁸ "Esta persona puede ser para nosotros un objeto de piedad, o tal vez de aversión, pero no de irritación o de resentimiento; no la tratemos como un enemigo de la sociedad... no nos compete infligirle ningún sufrimiento, excepto el que se derive incidentalmente del uso que hagamos, en la regulación de nuestros asuntos, de esa misma libertad que a él le hemos dejado en los suyos propios."²⁹ Sólo se puede infligir un castigo a aquel que

²⁷ John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Trad. de Josefa Sáinz Pulido, Aguilar, Buenos Aires, 2a. ed., 1960, p. 50.

²⁸ *Id.*, p. 182.

²⁹ *Id.*, pp. 158 y ss.

se ha hecho culpable de infringir las reglas establecidas para la protección de sus semejantes, individual o colectivamente.

Esta interpretación restringida de cuño liberal sigue animando el pensamiento filosófico-jurídico en Inglaterra y en los Estados Unidos. Es verdad que se ha dado un cambio en la extensión de los casos en que se considera debe aplicarse el paternalismo, entendiendo por tal "la protección de las personas a pesar de ellas mismas".³⁰ Como observa H. L. Hart, hoy se ha llegado a una mayor sensibilidad de los múltiples factores que disminuyen la libertad de elección y que, por consiguiente, impiden se dé esa plena madurez que es el presupuesto de la aplicación del principio de John Stuart Mill, "Las elecciones se pueden hacer y el consentimiento puede ser otorgado sin suficiente reflexión o apreciación de las consecuencias; o persiguiendo deseos meramente pasajeros; o en medio de diversas circunstancias en las que es natural se nuble el juicio; o bajo presiones internas de carácter psicológico; o bajo el apremio de otros realizado de manera tan sutil que no pueda ser probado en un tribunal. Bajo el extremo horror del paternalismo que tiene Mill tal vez subyace una concepción de lo que es un ser humano normal que hoy no parece corresponder a los hechos."³¹ Pero que el principio de Mill se sigue defendiendo, no cabe la menor duda, como lo comprueban dos interesantes documentos, el uno inglés y el otro norteamericano.

En 1954 se nombró en Inglaterra al Comité Wolfenden para que estudiara cómo debía proceder el Derecho en materias de prostitución y de homosexualidad. En 1957 dio su Informe en el que recomendaba cambios legislativos en ambas materias. La premisa mayor de su argumentación la formulaba de la manera siguiente: "En estas materias la función del Derecho Penal, tal como la vemos, es preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de lo que es ofensivo o dañino, y proveer las suficientes garantías contra la explotación y corrupción de otros, particularmente de aquellos que son especialmente vulnerables debido a su juventud, debilidad de cuerpo o de mente, inexperiencia, o por hallarse en un estado especial de dependencia física, oficial o económica. No es, según nuestro punto de vista, función del Derecho el intervenir en las vidas privadas de los ciudadanos o el tratar de implementar con la fuerza cualquier particular pauta de conducta más allá de lo que sea necesario para lograr los propósitos que

³⁰ "Protection of people against themselves" (H. L. A. Hart, *Law, liberty and morality*, Oxford University Press, Londres, 1968, p. 31).

³¹ Hart, *op. cit.*, p. 33.

hemos mencionado.”³² “Debe permanecer una esfera de moral e inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del Derecho.”³³ El documento norteamericano al que hicimos referencia es el proyecto de *Código Penal modelo*, publicado en 1955 por el Instituto Norteamericano de Derecho (*American Law Institute*), que “recomendaba que todas las relaciones consensuales entre adultos en privado deberían ser excluidas de la materia del Derecho Penal. Se fundaba esta recomendación, entre otros argumentos, en el hecho de que no se sigue daño alguno a los intereses seculares de la comunidad de las prácticas sexuales atípicas realizadas en privado entre adultos consentientes, y que existe la cuestión fundamental de la protección a que tiene derecho todo individuo contra la interferencia del Estado en sus asuntos privados cuando no daña a los demás.”³⁴ H. L. A. Hart concluye de la lectura de estos dos documentos que “los principios de Mill siguen todavía muy llenos de vida para criticar al Derecho”.³⁵

En el polo opuesto, la interpretación más amplia es la de aquellos que consideran que toda la Moral constituye el cemento social. H. L. A. Hart señala a James Fitzjames Stephen, un juez inglés de la época victoriana y crítico de Mill, y a Lord Devlin como sostenedores de esta interpretación.³⁶ Sin embargo, Basil Mitchell ha demostrado que esa no es la posición de Lord Devlin.³⁷ Indudablemente era defendida, antes de la Revolución Francesa, por los Estados, fueran éstos protestantes o católicos. Corresponde en lo fundamental a las teorías primera y segunda de nuestra clasificación. Pero ahora se plantea en los términos de la cuarta teoría: ¿qué parte de la Moral constituye el cemento social que interesa al Derecho? Y contesta: toda la Moral, porque el debilitar alguna parte de la misma constituye en fin de cuentas una amenaza para la comunidad. El argumento central de esta interpretación sería —según lo explica Hart— el siguiente: Si se define a la sociedad humana como un grupo de individuos unidos por un conjunto de valores morales, entonces la moralidad del grupo es considerada como una red en la cual cada malla contribuye a formar el cemento social, por lo que toda la moralidad del grupo debería ser implementada por el Derecho. Claro que la moralidad de que se trata no es la personal de

³² *The Wolfenden Report*, párrafo 13, citado en Basil Mitchell, *op. cit.*, p. 2.

³³ *The Wolfenden Report*, sección 61, citado por H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. 14 y 55.

³⁴ Draft of the Model Penal Code, según cita de H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 15.

³⁶ Véase Hart, *op. cit.*, pp. 16 y 50 y 50 a 52.

³⁷ Véase Basil Mitchell, *op. cit.*, en la nota 24, pp. 14 a 20.

los individuos sino la “moralidad pública”, es decir, aquella que “es generalmente compartida y que se puede identificar por las triples marcas de la intolerancia, la indignación y el disgusto”³⁸ ante las conductas que considera inmorales. Además, “para ser capaz de castigar, la mayoría moral debe ser abrumadora.”³⁹ En efecto, una norma moral no suficientemente compartida ni vivida con intensidad no puede servir de cemento social.

Hart, profesor de Jurisprudencia en Oxford, dedica su libro *Law, Liberty and Morality* (1963) a combatir la interpretación amplia, que él llama “moralismo jurídico” (*legal moralism*). De su enorme arsenal de argumentos y distinciones, vamos a seleccionar las ideas que nos parecen más provechosas para ir aclarando toda esta cuestión de las relaciones entre Moral y Derecho.

Hart escribe que hay que distinguir entre Moral crítica (“*critical morality*”) y moralidad positiva (“*positive morality*”). Esta última es “la Moral que es aceptada y compartida en la realidad por un determinado grupo social”;⁴⁰ en otras palabras, es la Moral tomada en el primer sentido visto más arriba, que la identifica con las costumbres del grupo; la llamaremos “moralidad”. La Moral crítica, en cambio, consiste en “los principios morales generales que se utilizan en la crítica de las instituciones sociales existentes incluyendo las de la moralidad positiva”;⁴¹ nosotros preferimos llamarla la Moral como disciplina o simplemente la Moral. Referirse a la moralidad es asumir un enfoque sociológico, que observa las prácticas morales de una sociedad sin pronunciarse necesariamente sobre su bondad o su maldad. La interpretación amplia o moralismo jurídico parece asumir este enfoque para dar a continuación un paso a la Moral crítica. En efecto, observa que toda sociedad se construye en torno de una moralidad positiva, y luego concluye que esa moralidad *debe ser mantenida* en su integridad para evitar el desmoronamiento de la sociedad. A esto, Hart arguye de la siguiente manera: “aunque es aceptable la proposición de que *alguna* moralidad compartida es esencial para la existencia de cualquier sociedad”, no se puede pasar a “la proposición inaceptable que una sociedad se identifica con su moralidad positiva tal como se vive en cualquier momento de su historia, de tal suerte que cualquier cambio en esa moralidad equivaldría a la destrucción de la sociedad.”⁴² En efecto,

³⁸ Hart, *op. cit.*, p. 62.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Hart, *op. cit.*, p. 20.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Hart, *op. cit.*, p. 51.

la posición del Derecho no consiste en incorporar sin crítica las prácticas morales que se observan son compartidas por la mayoría de la sociedad. Tomemos como ejemplo al racismo, que puede ser aceptado por la mayoría sin que por eso deba ser declarado Derecho. Tal vez algún Estado, como el de Sudáfrica que consideraba la mezcla de razas como el delito de *miscegenation*, quedará satisfecho con la comprobación de que la discriminación racial es una práctica moral generalmente aceptada, pero la mayor parte de los Estados someterá esa práctica a una crítica racional conforme a la Moral crítica y sólo si allí recibe suficiente fundamentación la incorporará como Derecho. Por otra parte, considerar a la moralidad positiva como una red que debe ser mantenida en su totalidad so pena de destrucción de toda la sociedad, además de ser una aseveración que no puede ser probada con hechos, acaba condenando a esa sociedad, al inmovilismo más completo. Es falso que toda la moralidad positiva constituya el cemento social, porque pueden darse cambios en la misma sin que por ello se debilite o destruya el grupo. Lo que verdaderamente une al grupo no son los principios morales que deben su fuerza al mero hecho de su aceptación por parte de la mayoría del grupo sino los principios morales que valen por sí mismos y que, como tales, son considerados por la Moral crítica: "la preservación de una sociedad particular es valiosa porque, entre otras cosas, asegura en beneficio de los seres humanos alguna medida de esos valores universales."⁴³ "Porque en la práctica de cualquier moralidad social necesariamente se involucran los que se pueden llamar valores *formales* en cuanto diferentes de los valores *materiales* presentes en el contenido de las normas particulares."⁴⁴ Son valores formales la objetividad y la imparcialidad en el juzgar las cuestiones, la abertura a las necesidades y expectativas de los demás, la autodisciplina y autocontrol necesarios para adaptar la conducta propia a las exigencias sociales, la actitud de respeto a los otros y al orden social. La preservación de estos valores formales, indispensable como cemento social, no debe sin embargo ser confundida con el "conservadurismo moral". "Este último equivale a la afirmación que la preservación del cambio de cualquier regla existente de una moralidad social, sea cual fuere su contenido, es un valor y justifica su implementación por la fuerza."⁴⁵ Sin los valores formales no puede subsistir sociedad alguna, pero el cambio en los valores materiales no significa el derrumbamiento

⁴³ *Id.*, p. 70.

⁴⁴ *Id.*, p. 71.

⁴⁵ *Id.*, p. 72.

de la sociedad. Por lo tanto, la postura de Hart es que sí cree que en algunos casos se puede implementar la Moral en sí misma. "En cuanto a mí —escribe— sí creo que hay fundamentos que justifican la implementación por la fuerza dirigida a individuos, otros que la prevención del daño ocasionado a los demás."⁴⁶ Cuáles sean esos fundamentos, no queda del todo claro. En los casos que analiza, Hart siempre descubre algún aspecto de bien común que sería el que justifica la defensa de principios morales. En el caso del castigo de la bigamia realizada sin engaño de las partes, "el Derecho interviene para proteger las sensibilidades religiosas contra un insulto realizado en un acto público; el bigamo es castigado no por su irreligiosidad ni por su inmoralidad sino por la molestia (*nuisance*) que ocasiona. Porque el Derecho entonces se preocupa de lo ofensiva que es una conducta pública para los demás, no de la inmoralidad de la conducta privada, la cual, en muchos países, deja sin ningún castigo."⁴⁷ En otras palabras, la inmoralidad no es castigada en sí misma; lo que se castiga, es la indecencia. Hart se lamenta que en nuestros tiempos no se atiende suficientemente a la distinción que hacían los romanos entre los poderes del Censor, dirigidos a proteger la moral, y los del Edil, que debían dirigirse a la protección de la decencia pública.⁴⁸ En resumen, Hart reconoce como evidente que "una sociedad no puede existir sin una Moral que refleje y suplemente la prohibición que hace el Derecho de conductas dañosas a otros"⁴⁹ y que, por proteger los valores formales universales, sirva de cemento social.

Los planteamientos y reflexiones de Hart, así como los de Lord Devlin y otros, sirven de material a la explicación de Basil Mitchell, otro profesor de Oxford. En un librito verdaderamente magistral por la claridad y finura de análisis así como por la serenidad y apertura en el planteamiento y discusión de los problemas, Mitchell va estructurando paso por paso su respuesta, que resumiremos a continuación.

Primero, fundado en otra distinción de Hart, aclara⁵⁰ que por "cemento social" o por "instituciones esenciales a una determinada sociedad" se pueden entender dos cosas: aquellas instituciones sin las cuales una sociedad no puede sobrevivir como sociedad, y también las instituciones sin las cuales una sociedad sería diferente. La monogamia

⁴⁶ *Id.*, p. 5.

⁴⁷ *Id.*, p. 41.

⁴⁸ Ver *Id.*, p. 44.

⁴⁹ *Id.*, p. 51.

⁵⁰ Basil Mitchell, *Law, Morality and Religion in a secular society*, Oxford University Press, Londres, 1967, p. 31.

no es esencial en el primer sentido, puesto que hay sociedades polígamas y una sociedad monógama no se desintegraría por hacerse polígama; pero es esencial en el segundo sentido, puesto que las sociedades de cultura occidental cristiana dejarían de serlo si aceptaran la poligamia. Mitchell sostiene que la esfera del Derecho no sólo se extiende a las instituciones en el primer sentido, que es lo que defiende Hart, sino que también puede abarcar instituciones en el segundo sentido, porque una sociedad tiene derecho a defender lo que considera su idiosincrasia, lo que sin ser esencial para la sobrevivencia es considerado altamente valioso para dar cohesión a la sociedad y permitir a sus miembros vivir juntos de una manera aceptada y atesorada por ellos. Así se puede defender jurídicamente la lengua propia. Y, respecto a la monogamia, cita a Lord Devlin: "En Inglaterra creemos en la idea cristiana del matrimonio y, por lo tanto, adoptamos a la monogamia como un principio moral. En consecuencia la institución cristiana del matrimonio se ha convertido en la base de la vida de la familia y en parte de la estructura de nuestra sociedad. Se encuentra allí no porque es cristiana. Ha llegado allí porque es cristiana, pero permanece allí porque forma parte de la construcción de la casa en que vivimos y no podría ser removida de ella sin destruirla. La gran mayoría de los que viven en este país la acepta porque es la idea cristiana del matrimonio y para ellos la única verdadera. Pero un no cristiano está obligado a ella, no porque es parte del Cristianismo, sino porque, correcta o incorrectamente, ha sido adoptada por la sociedad en que vive."⁵¹ Este es el criterio que siguieron los tribunales norteamericanos cuando prohibieron a los mormones practicar la poligamia. No se trataba de combatir su religión, pues la libertad de religión está garantizada por la Constitución norteamericana. Tampoco se pretendía que la poligamia no pudiera ser el cemento social de otras sociedades (los ingleses la permitían en sus colonias). Sólo se defendía que la monogamia es parte integrante de las instituciones esenciales (en el segundo sentido) de la sociedad norteamericana. En conclusión: "La función del Derecho no es solamente proteger a los individuos de daños, sino también proteger las instituciones esenciales (en ambos sentidos) a una sociedad."⁵²

Luego, Mitchell se plantea la cuestión de cómo conocer las instituciones que, por ser esenciales a la sociedad, justifican la intervención del Derecho. No es válido el criterio de la general práctica, pues hay

⁵¹ Lord Devlin, citado por Mitchell, *op. cit.*, p. 29.

⁵² Mitchell, *op. cit.*, p. 134.

costumbres que no por ser generalizadas deben ser defendidas (piénsese en el racismo). Tampoco le convence a Mitchell el criterio propuesto por Lord Devlin, que "el juicio moral de una sociedad debe ser algo sobre lo cual doce hombres o mujeres escogidos por suerte pueden, después de discusión, llegar a un acuerdo unánime".⁵³ El jurado puede servir para determinar una sentencia, pero la mentalidad del hombre de la calle no puede servir de modelo para legislar, porque en ella puede haber prejuicios y apasionamientos, además que suele estar opuesta a cualquier cambio y se inclina a extender lo moral mucho más de lo debido. La única manera de proceder es por una discusión alimentada por la razón y por la mayor información que se pueda obtener. Sin embargo, se pueden dar principios generales que pueden servir de guías al proceso racional de los legisladores. Mitchell propone los siguientes:

- (a) Hasta donde sea posible, se debe respetar la vida privada.
- (b) Como regla general, es malo legislar sobre lo que es difícil implementar y cuya implementación tiende, por consiguiente, a ser irregular e injusta.
- (c) Es malo legislar sobre lo que no logra alcanzar el respeto de las personas más razonables que estarán sometidas a la ley.
- (d) No se deberían dar leyes que probablemente no alcanzarán su objetivo o que producirán mucho sufrimiento u otros daños tales como chantajes.
- (e) Se deben evitar leyes que impliquen el castigo por conductas que en general no se pueden evitar.⁵⁴

Como se ve, la postura de Mitchell está abierta a la implementación jurídica de normas morales cuando éstas atañen la convivencia social y cuando la implementación de las mismas puede hacerse de manera racional y humana. "El Derecho no debe castigar conductas por el simple hecho de que la generalidad las considera inmorales, pero no puede ser moralmente neutral en toda materia. No sólo presupone determinados 'valores universales' cuyo alcance e importancia relativa tiene a veces que concretizar, sino que su compromiso con el 'paternalismo' exige que adopte alguna concepción de lo que tiende seriamente a corromper el *ethos* de la sociedad, ya sea por la crueldad, por violencia injustificada, por odio racial o por la comercialización del vicio."⁵⁵

⁵³ *Id.*, p. 37.

⁵⁴ *Id.*, p. 135.

⁵⁵ *Id.*, p. 134.

La postura de Mitchell tal vez ya podría ser clasificada en la quinta teoría, pero difiere de ella por la diversidad de enfoque.

5. *Teoría de la dependencia de la Moral y del Derecho de principios morales comunes*

La teoría anterior (la cuarta) estaba sobre todo preocupada de discernir entre las materias propias de la esfera jurídica y aquellas otras en las que el Derecho nada tiene que hacer. La presente teoría (la quinta) tiene otro interés, el metodológico: ¿hasta qué punto interviene, si es que interviene, en el pensamiento jurídico la dimensión moral? Y la respuesta que dan los sostenedores de esta teoría es que el pensamiento jurídico y el pensamiento moral proceden de la misma manera, a partir de principios comunes —que son principios morales—, pero con finalidades diferentes.

Se debe aclarar que la presente teoría no funciona para aquellos que, tanto en la teoría como en la práctica, defienden lo que se ha llamado el "nihilismo axiológico". Lo defienden en la teoría los miembros de la Escuela de Uppsala. Es mucho más difícil encontrar defensores en la práctica, pues es tendencia normal en el ser humano buscar justificaciones morales de sus propias actuaciones y exigir las a los demás. Por corrompido que esté un ser humano, tratará de justificarse ante sí mismo y ante los demás y su justificación se hará en función de valores morales, así sean éstos el de la sobrevivencia o el del egoísmo. La dimensión moral es inescapable al ser humano. Otra cosa es la cuestión de la calidad de los valores morales que se viven y que se reconocen como válidos para que todos los apliquen. Para quien defiende el nihilismo axiológico, el Derecho no puede ser más que un instrumento de opresión al servicio de los más fuertes. Pero si ese nihilista está convencido que la ley de la selva está justificada, porque es la que permite el mejor desarrollo de la humanidad (y esa es la postura del darwinismo social), ya está asumiendo una dimensión moral para juzgar al Derecho.

Por lo tanto, la quinta teoría es válida para todos los que juzgan al Derecho y a sus instituciones desde una perspectiva moral, independientemente de la especie de Moral que defiendan. Lo que afirma esta teoría son dos cosas: que los mismos principios morales que sirven a una persona para justificar su conducta y la de los demás son utilizados para construir el Derecho y que son utilizados de manera diferente según se pretenda construir soluciones jurídicas o soluciones propia-

mente morales. Esto ya apareció en la polémica, referida al exponer la teoría anterior, en la que intervinieron Lord Devlin, Hart y Mitchell, entre otros. Para determinar la materia propia de la esfera del Derecho, parten de una serie de principios morales: que la libertad humana es un bien, que sólo debe ser coartada cuando es utilizada para hacer daño a los demás o —añade Mitchell— para evitar ataques dañinos a las instituciones esenciales a una sociedad, que el Derecho nada tiene que hacer cuando el problema se da en la privación de la vida humana, etcétera. Pero utiliza esos principios con un propósito muy determinado (según una causa formal específica, dirían los escolásticos) tratándose del Derecho: sólo la libertad que tiene impacto social concierne al Derecho. En cambio, desde el punto de vista estrictamente moral, toda la libertad interesa, porque "un hombre no puede vivir la vida de un ser moral y racional a no ser que sea capaz de hacer sus propias elecciones..."⁵⁶

Desde una perspectiva sociológica y en polémica con Uppsala, Theodor Geiger acaba situándose en la quinta teoría. Su reflexión incluye entre sus conclusiones las siguientes palabras: "Pero es evidente que el orden jurídico y las distintas instituciones jurídicas son objeto de consideraciones y valoraciones morales. [...] En la medida en que el ciudadano a quien se dirigen las exigencias del orden jurídico tenga concepciones específicamente morales (es decir, no sea un nihilista axiológico práctico) no puede dejar de evaluar moralmente estas exigencias. [...] ... su crítica moral del orden jurídico es el resorte de su actitud política como ciudadano activo. En esta calidad, utiliza su peso como ciudadano y la relativa participación en el poder para introducir una adecuación del orden jurídico a sus concepciones jurídico-morales (o de otro tipo). El orden jurídico positivo no es un hecho moral, pero la organización del orden jurídico en tanto un todo es —para los moralistas— [es decir, para los que no son nihilistas axiológicos prácticos] una tarea moral. A ello corresponde la concepción del legislador con respecto al orden jurídico. [...] En la medida en que las personas que participan en la actividad legislativa siguen motivaciones morales, no pueden evitar también una consideración de la actividad de su legislación desde el punto de vista moral. [...] ... la personalidad política se siente legitimada en sus afanes constructivo-sociales, a través de concepciones morales. En tanto detentador del poder, tiene la posibilidad de conformar la realidad social de acuerdo con sus criterios morales (y otros) criterios que, según su propia concepción, de-

⁵⁶ *Id.*, p. 97.

berían compartir todos. Obliga a los demás de acuerdo con sus líneas rectoras morales. [...] Convencido de que está llamado a tener que juzgar acerca de qué es lo mejor para todos, sigue tan sólo su deber moral interno al utilizar su poder para la realización de sus concepciones jurídico-morales en reglas jurídicas cuya obediencia impone a los ciudadanos."⁵⁷

La explicación de que los juristas asumen una perspectiva moral para juzgar los problemas jurídicos puede hacerse de dos maneras diferentes. Una consiste en observar los valores morales que los juristas protegen en sus normas. La otra consiste en analizar el proceso del pensamiento jurídico y en constatar que en el meollo del mismo siempre se encuentra la preocupación de la justicia.

Que las normas jurídicas incorporan valores morales no hay la menor duda. A veces se afirman en forma explícita, como en el Capítulo I del Título Primero de nuestra Constitución, que defiende la prohibición de la esclavitud (Art. 2), el desarrollo armónico de todas las facultades del ser humano y de su conciencia de la solaridad en la justicia (Art. 3), la igualdad del varón y la mujer (Art. 4), la libertad de la manifestación de las ideas con tal que no ataque la moral, los derechos de tercero y que no provoque algún delito o perturbe el orden público (Art. 6), el derecho de asociación para cualquier objeto lícito (Art. 9), la libertad de creencias religiosas (Art. 24), etc. Las "enmiendas" de la Constitución norteamericana constituyen otro catálogo de valores morales protegidos explícitamente. En la sociedad inglesa esos mismos valores eran tan naturalmente compartidos por todos que no fue necesaria una Constitución escrita. Las leyes penales castigan la violación de numerosos valores morales, la cual comprende los ultrajes a la moral pública, la corrupción de menores, el lenocinio, la apología de un delito o de algún vicio, la revelación de secretos, el ejercicio indebido de funciones públicas, el abuso de autoridad, el cohecho y el peculado, los atentados al pudor, el incesto, el adulterio, el homicidio, las lesiones, las injurias, la calumnia, el robo, el fraude, etc. Todos estos delitos son a la vez faltas morales, que la ley trata de evitar imponiendo penas. En las leyes civiles también se protegen numerosos valores morales: la buena fe, el cumplimiento de la palabra dada, la estabilidad de la familia, la fidelidad conyugal, la responsabilidad en la educación, de los hijos, etc. El hecho es que todo sistema jurídico incorpora en sus

⁵⁷ Theodor Geiger, *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Alfa, Barcelona, 1982, pp. 195 a 197.

normas la protección de numerosos valores morales que el grupo comparte y quiere sean protegidos. Esto se hace de manera tan natural y espontánea que a ningún jurista le pasa por la mente que deja de hacer Derecho por defender los valores morales que una sociedad determinada considera propios de su cultura.

En cuanto al proceso del pensamiento jurídico, podemos tomar el ejemplo del Derecho Romano. Los juristas no sólo admitían sino que se enorgullecían de utilizar valores y principios morales para realizar sus construcciones jurídicas. Llegaban a soluciones justas buscando en la propia conciencia moral lo que tenía derecho a exigir cada una de las partes. Escribe Michel Villey: "Si la mayoría de los romanistas no tuviera a gala el ignorar la filosofía, reconocerían con nosotros que la doctrina aristotélica llamada del Derecho natural clásico es la más adecuada para dar cuenta de la estructura del Derecho Romano".⁵⁸ En efecto, ¿cómo procedían los juristas romanos —y en particular los pretores y todavía más concretamente el pretor peregrino— en su búsqueda de soluciones? En primer lugar, empleaban un pensamiento tópico o aporético, es decir, el razonamiento que procede desde el estudio de la situación concreta hacia los principios valorativos que le son aplicables "No se construya el *ius* a partir de la regla, sino que se formule la regla a partir del *ius* que se da en una situación" —escribió Paulo—. ⁵⁹ En segundo lugar, el estudio de la situación concreta no es una mera observación de lo que acontece, sino que es una búsqueda de la justicia que reclama la realidad de esa situación: "se trata simplemente la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora".⁶⁰ En tercer lugar, para proceder de esta manera, hay que reconocer aunque sea implícita e intuitivamente que en la realidad concreta de las situaciones existe una capacidad o potencialidad de perfeccionamiento en la medida que sea realidad concreta tiende a realizar los fines que le son propios y que Aristóteles llamaba "la *entelequia* del ser". Aunque los juristas romanos no solían explicitar ni reflexionar sobre el proceso de su pensamiento y sobre la meta de sus soluciones (el lograr las entelequias de las situaciones concretas), aplicaban intuitivamente el método y eran impulsados por su realista sentido moral a buscar lo justo concreto (entelequia) en los problemas que encaraban. Es decir, llegaban al

⁵⁸ Michel Villey, *La formación de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968, p. 478.

⁵⁹ "Non es regula sumatur, sed ex iure quod est regula fiat" (*Digesto*, 50, 17, 1).

⁶⁰ Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964, p. 128.

Derecho natural u orden de las entelequias, no por la especulación filosófica sino por el camino de la búsqueda de soluciones pragmáticas. El Derecho natural así descubierto no es un sistema de respuestas teóricas filosóficas sino más bien un conjunto de "resultados espontáneos de una experiencia, que comprendían lo que pudo existir de constante en la solución de un conjunto de casos, y que, con las reservas del control y de las limitaciones impuestas siempre por la intuición [moral], pueden servir como auxiliares en la solución de casos futuros".⁶¹

El italiano Carlos Alberto Maschi ha estudiado con profundidad y con lujo de documentación el tema del Derecho natural en las instituciones jurídicas romanas de la época clásica. Los juristas de esa época siguen siendo realistas, más preocupados por soluciones pragmáticas que por la elaboración de teorías. En consecuencia, abordan al Derecho natural, no como una teoría filosófica, sino como un sistema de soluciones a las que se llega por el pensamiento tópico o aporético, a partir de las exigencias de solución justa planteadas por situaciones concretas. Comienzan por estudiar la realidad y en ella observan orden, un modo constante de proceder de cada ser de acuerdo con su esencia. "Natura siempre se entiende como esencia, peculiaridad, normalidad."⁶² "La ley física (natural) es a veces contrapuesta al ordenamiento jurídico. Pero, aun en esta contraposición, *natura* no es algo que está fuera; es un sistema que siempre está dentro del ordenamiento jurídico. Es una entidad que, bajo algunos aspectos y para determinadas consecuencias, es incorporada al Derecho y se convierte por lo tanto en jurídica".⁶³ La concepción que los juristas romanos tienen del *ius* es bastante diferente de la que nosotros solemos tener del Derecho. Para nosotros, influidos por varios siglos de racionalismo, Derecho tiende a ser un orden racional, un sistema ideal, más conectado con los procesos subjetivos de nuestro pensamiento que con el orden objetivo de la realidad. Para los romanos, *ius* es una dimensión de la realidad objetivamente imprime a la realidad objetiva; por eso el ordenamiento jurídico, es la trayectoria de justicia que el ser humano libre y racional se incorpora a esa realidad con todas sus exigencias de justicia. Citemos nuevamente a Maschi: "En todas las categorías examinadas (*natura hominis natura animalis, natura rei*) el Derecho asume la realidad

⁶¹ Ursicino Álvarez Suárez, *La jurisprudencia romana en al hora presente*, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1966, p. 111.

⁶² C. A. Maschi, *La concezione naturalistica del Diritto e degli istituti giuridici romani*, Vita e Pensiere, Milán, 1937, p. 73.

⁶³ *Id.*, p. 44.

de la cosa como se presenta en su entidad física y en su valoración social, que no puede prescindir de ella, para sacar de ella las consecuencias jurídicas más variadas. Podríamos concluir que *natura*, referida a las entidades más variadas (*natura hominis, animalis, rei, etc.*) es uno de los conceptos más difundidos tanto en las fuentes jurídicas como en las extrajurídicas. *Natura* indica esencia, realidad de la cosa, normalidad. La frecuencia de este elemento es fácilmente explicable, si se considera que el orden no es una abstracción, sino cualquier cosa que se adecúa a la realidad de la vida y a sus múltiples aspectos".⁶⁴ "*Natura hominum* en unas circunstancias determinadas puede servir como un criterio para la valoración jurídica de la conducta de un individuo en un caso concreto; es decir, para investigar si su acto se realizó en conformidad o en desacuerdo con la naturaleza humana".⁶⁵ La Jurisprudencia de los romanos está en continua tensión hacia la búsqueda de lo justo concreto exigido por la naturaleza de los seres. Los juristas romanos prefieren hablar de *aequitas* en vez de *justitia*. *Aequitas* significa equilibrio, orden, armonía en las exigencias de justicia. "La *aequitas*, que a causas iguales pide iguales derechos" escribió Cicerón.⁶⁶ "La *Aequitas* es para los romanos el modelo a que debe adaptarse el Derecho, la finalidad a que la norma jurídica debe tender... La *aequitas* presidiendo el mundo de las relaciones sociales: he aquí el ideal que, en la mente de los jurisconsultos romanos, orienta las reformas legislativas y las decisiones jurídicas. Razones de equidad (*ex bono et aequo*) son frecuentemente invocadas como motivaciones de normas nuevas, especialmente de las implantadas por el pretor. No se crea, sin embargo, que para los jurisconsultos romanos este patrón de la *aequitas* tenga un carácter teórico e inmutable. No es un concepto doctrinal, abstracto y absoluto; es una noción realista, referida a un determinado momento de la conciencia social."⁶⁷

En resumen, los juristas romanos, lejos de avergonzarse de utilizar principios morales en los procesos del pensamiento jurídico, proclaman con orgullo —según la fórmula de Celso—⁶⁸ que el Derecho es "*ars boni et aequi*". No se trata de una declaración retórica sino de una

⁶⁴ *Id.*, pp. 41 y ss.

⁶⁵ Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Filadelfia, 1953, artículo "Natura hominum (humana)", p. 592.

⁶⁶ "*Aequitas, qua paribus in causis paria iura desiderat*" (Cicerón, *Tópica*, 4, citado por Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresq, Paris, t. II, p. 90 nota 121).

⁶⁷ J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, p. 35.

⁶⁸ *Digesto*, I, 1, 1, pr.

fórmula que llegaba al fondo del proceso del pensamiento jurídico romano: el Derecho es una búsqueda en el terreno de la realidad (*ars*) de las exigencias objetivas de un orden armonioso y bueno (*boni*), exigencias de justicia (*aequi*).

Tampoco se avergonzaron de tener y utilizar un enfoque moral los juristas medievales y los de la Escuela racionalista del Derecho natural. Y, en cuanto a la Escuela histórica del Derecho natural, es verdad que rechaza la concepción racionalista del Derecho natural pero Savigny defiende que en todo Derecho se dan "postulados de justicia" que animan y dirigen al espíritu del pueblo. Más cerca de nosotros y con especial preocupación por analizar el proceso del pensamiento jurídico, Jerome Frank, a quien no se puede tildar de falta de realismo, refiriéndose al meollo de las decisiones judiciales, afirma: "El impulso vital motivador para decidir es el sentido intuitivo de lo que es justo o injusto en el caso particular. . ." ⁶⁹ y cita con aprobación al juez norteamericano Chancellor Kent, quien "primero se preocupaba por dominar los hechos del caos. Luego —así escribió dicho juez—: "Veía dónde estaba la justicia, y el sentido moral decidía al tribunal la mitad de las veces, luego me sentaba a buscar precedentes. . . Una que otra vez podía molestarme algún tecnicismo jurídico, pero casi siempre encontraba principios que respaldaban mi punto de vista sobre el caso. . ." ⁷⁰ Y el ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos Benjamín N. Cardozo abundó en el mismo sentido: "el cambio de jurisprudencia con respecto al sentido o vigencia de una ley, o aun con respecto al sentido o vigencia de una regla del *common law*" depende en fin de cuentas de "consideraciones de conveniencia, de utilidad y de los más profundos sentimientos de justicia". ⁷¹

No hay duda que el sentido moral de la justicia está presente en los procesos de elaboración tanto de las leyes como de las sentencias, y que valores morales tales como la dignidad humana, la responsabilidad, el evitar el daño injusto, la protección de la libertad y de los más débiles frente a los más fuertes, dirigen constantemente esa elaboración. Lo que debemos ahora aclarar es que esos valores son utilizados en la misma forma por el jurista y por el moralista.

El belga Jacques Leclerc (n. 1891) es el que mejor explica —a nuestro modo de entender— la teoría de que la Moral y el Derecho, par-

⁶⁹ Jerome Frank, *Law and the modern mind*, p. 112.

⁷⁰ *Ibidem*, nota 3.

⁷¹ Benjamín N. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, Trad. de Eduardo Ponssa, Arayú, Buenos Aires, 1955, pp. 120 y ss.

tiendo de principios morales comunes, tienen enfoques diferentes. Escribire: "El fin de la Moral es determinar las reglas por las cuales el ser humano alcanzará su perfecto desarrollo o su fin. El fin del Derecho es dirigir las actividades de los hombres en la vida social que ésta les ayude a alcanzar el fin señalado por la Moral. La Moral se coloca esencialmente en el punto de vista del individuo: el problema de la moral es saber lo que debo hacer para alcanzar mi perfección. Y esta cuestión desborda el problema de las relaciones entre los hombres. El Derecho se coloca en el punto 'de vista del orden social que hay que establecer, mantener y mejorar' (Bonnetcase, *Introduction a l'étude du droit*, pág. 363). El problema del Derecho es saber cómo organizar la sociedad de manera que los hombres puedan alcanzar su perfección". ⁷² "Esta diferencia del punto de vista individual y social basta a hacer del Derecho y de la Moral dos disciplinas diferentes, aunque sus objetos se compenetran. No se puede determinar el bien jurídico sin determinar antes el bien del hombre, y, puesto que el hombre no se puede desarrollar si no es en sociedad, no se puede determinar el bien del hombre sin tomar en cuenta las condiciones del bien social. Por lo tanto el moralista debe tomar en cuenta al bien social y el jurista al bien moral. Pero la diferencia de puntos de vista basta para crear una diferencia de espíritu. No se pueden leer los escritos de moralistas y de juristas sin notar esta diferencia: el jurista concentra su atención en el bien social, el moralista en el bien individual." ⁷³

De los dos fines de estas disciplinas, es claro que el fin de la Moral tiene prioridad sobre el fin del Derecho, pues éste tiene un carácter instrumental respecto de la primera: el Derecho tiene su razón de ser en el servicio que presta a los individuos miembros de una sociedad, "el Derecho es la regla del bien de los hombres a través de la sociedad, la regla de lo que hay que imponer o permitir para que encuentren en la vida social el medio de desarrollo que ella está destinada a proveerles". ⁷⁴ El Derecho se alimenta de principios morales porque su razón de ser consiste en servir de instrumento al desarrollo moral de los miembros de una sociedad y fracasa y contradice su función propia en la medida que se oponga u obstaculice la operabilidad de los principios morales. Así se puede decir que tanto la Moral como el Derecho tienen como fin último el desarrollo moral de los individuos, el cual

⁷² Jacques Leclerc, *Leçons de droit naturel*, T. I., *Le fondement du droit et de la société*, Ad. Wesmacl-Charlier, 4a. ed., Namur, 1957, p. 47.

⁷³ *Id.*, pp. 48 y ss.

⁷⁴ *Id.*, p. 48.

implica la aplicación de los principios morales. Pero la Moral y el Derecho consideran la aplicación de los principios morales según fines inmediatos diferentes: la Moral se refiere a *lo bueno exigible en sociedad*, que es *lo justo*, y con una especialísima atención a lo justo de todos en la distribución del bien común. Por lo mismo, el Derecho "delimita sólo una parte de las obligaciones morales".⁷⁵

No todas las responsabilidades son exigibles. Aunque cada individuo humano tiene responsabilidad moral de alcanzar el grado de perfección que esté conforme con su realidad individual —y todo lo que contribuya a alcanzar ese grado de perfección es lo bueno estudiado por la Moral—, no se puede decir que tenga una obligación estricta exigible de realizar todo lo que para él sea bueno. Hay mínimos de bondad que sí son exigibles, porque son imprescindibles para realizarse como ser humano y, si no se cumplen, degradan a individuo humano. Los padres *deben* amar a sus hijos y los patronos *deben* respetar la dignidad humana de sus obreros y remunerarlos conforme a esa dignidad. Esto significa que hay un mínimo de amor exigible a los padres y un mínimo de trato y de remuneración exigible a los patronos, pero, a partir de esos mínimos el amor puede crecer indefinidamente y la remuneración puede ser elevada hasta dejar sin ganancia al patrón. Hay responsabilidad moral y obligación exigible de cumplir con los mínimos, pero a partir de ellos aparece otra responsabilidad moral, ya no estrictamente exigible, ligada con la generosidad y con la respuesta personal que cada quien da a su compromiso de desarrollo integral. En un lenguaje cristiano se puede decir que Dios, que es padre benévolo, nos exige sólo el cumplimiento de los mandamientos pero que a partir de ellos deja las responsabilidades morales de perfeccionamiento a nuestra generosidad. "Si quieres entrar en la vida, guarda los mandamientos. . . Si quieres ser perfecto, ve, vende cuanto posees y dalo a los pobres. . . y vuelto acá, sígueme".⁷⁶ Por lo tanto, desde un punto de vista moral, podemos hablar de responsabilidades exigibles, reguladas por la virtud de la justicia, y de otras responsabilidades morales ya no estrictamente reguladas por otras virtudes, tales como la prudencia, la generosidad y la caridad. En consecuencia, la justicia del moralista tiene como fin

⁷⁵ Bernard Häring, *La ley de Cristo*, Trad. de Juan de la Cruz Salazar sobre la 5a. ed. en alemán. Herder, Barcelona, 4a. ed., 1965, t. I, p. 274.

⁷⁶ *Evangelio según San Mateo*, XIX, versículos 17 y 21. A veces la enseñanza moral se reduce a explicar los pecados. Se construye así una Moral de prohibiciones, una Moral negativa que falsea lo más importante de la Moral cristiana, la cual propiamente es Moral de virtudes, de seguimiento a Cristo, de responsabilidad, de perfección, de llamamiento personal a una vida mejor.

inmediato la realización de los mínimos de perfección moral de los individuos humanos. La Moral atiende a todo lo bueno, no sólo a lo exigible por la virtud de la Justicia.

Otro es el enfoque del Derecho, que tiene como fin inmediato solucionar en forma práctica y oportuna, ordenándolos conforme al bien común, los problemas sociales surgidos de la convivencia humana. El Derecho es un fenómeno esencialmente social. Decían los juristas romanos: "*Ubi societas, ibi ius* (allí donde hay sociedad, hay Derecho)". En efecto, lo que distingue a la convivencia humana en sociedad, de las sociedades animales tales como las de las abejas o de los leones es que la sociedad humana está regida por reglas que son obligatorias para todos, reglas o normas que son promulgadas para realizar el bien común. También se puede invertir el dicho latino, tal como lo hace el lema de La Facultad de Derecho de la Universidad de Coahuila, y decir: "*Ubi ius ibi societas* (allí donde hay Derecho, hay sociedad humana). Porque es el Derecho el que aglutina a los individuos humanos, los une en cooperación solidaria, multiplicando geoméricamente sus fuerzas, los humaniza y civiliza, los fusiona en sociedad humana. Pero hay que aclarar con Enrique Rommen: "Si es verdad que todas las comunidades permanentes —la familia, el Estado o cualquier otra asociación— no pueden vivir sin Derecho, sin embargo, esas comunidades no viven por el Derecho, sino en el Derecho. El matrimonio y la familia viven por el amor".⁷⁷ "El Derecho no puede suscitar ninguna vida, ni reemplazar ningún amor; puede y debe solamente ser un orden, limitado en sí mismo, destinado a proteger la vida".⁷⁸ Para realizar esta función tan noble, el Derecho debe atender al bien común. "El bien común en cuanto fin de la cooperación social comprende dos funciones sociales básicas. En primer lugar, la cooperación social debe crear el presupuesto para la pacífica convivencia del hombre; tal es la tarea del orden jurídico con su poder de coacción. Como segunda función básica exige el bien común en cuanto fin de la sociedad establecer los presupuestos para el mejor logro posible autorresponsable de los fines esenciales de la vida por sus miembros".⁷⁹ Entre esos presupuestos se encuentran medios materiales, tales como la infraestructura de carreteras, de edificios públicos, de escuelas, de hospitales y de armas dedicadas a la defensa, y medios espirituales, tales

⁷⁷ Enrique Rommen, *Derecho Natural. Historia-Doctrina*, Trad. de Héctor González Uribe de la trad. francesa de Emile Marmy, Jus, México, 1950, p. 173.

⁷⁸ *Id.*, p. 174.

⁷⁹ Johannes Mëssner, *Ética general y aplicada. Una ética para el hombre de hoy*, trad. y notas de Carlos Baliñas, Rialp, Madrid, 1969, p. 222.

como los servicios de educación, de higiene, de asesoría para el trabajo, en manos de organismos formados por personas capacitadas. Pero lo que más ayuda a realizar el bien común son los valores compartidos por los miembros de la sociedad, valores que debe proteger y estimular el Derecho, tales como el respeto a la dignidad humana, la solución de los conflictos por vía jurídica (el imperio del Derecho), el estímulo a las vidas constructivas, un sano temor de lo antijurídico, la colaboración política responsable, la obediencia a las autoridades constituidas que no debe ir reñida con el espíritu crítico, las libertades de asociación, de prensa, de rendir culto religioso según las propias creencias. En resumen, el bien común es todo el ambiente social que propicia el desarrollo integral (y, por lo tanto, moral) de todos los miembros de la sociedad. Como éstos son desiguales en sexo, edad, educación, experiencia, inteligencia, cualidades, riqueza y, en general, en aptitudes y valores morales, el Derecho busca un criterio para el reparto tanto de las cargas como de los beneficios del bien común. Ese criterio de aplicación del bien común es la justicia del jurista, la que, según los problemas, hará el reparto con un criterio igualitario (a los iguales, hay que dar lo mismo) o proporcional (a los desiguales hay que tratarles proporcionalmente a su desigualdad).

Si reexaminamos a la luz de las ideas expuestas las posiciones de Lord Derlin, Hart y Mitchell, que expusimos al tratar de la cuarta teoría, creemos que la correcta es la de Mitchell. En efecto, para realizar el bien común, "la legislación civil debe encauzar y combatir el mal moral, en la medida que éste ponga en peligro el estado cultural de la sociedad, o la paz y seguridad internas, o la justicia social, o los derechos inalienables de los individuos. Entre esos derechos fundamentales que el Estado debe garantizar está, por ejemplo, el de la protección de la juventud contra la pública corrupción y seducción (leyes contra la pornografía). El Estado debe, pues, combatir el mal cuando éste comienza a ser una fuerza pública que perturba injustamente la libertad para el bien".⁸⁰ En resumen, el Derecho es una *solución social*, que tiene por fin inmediato realizar el bien común para que, por medio de él, los miembros de una sociedad puedan crecer moralmente aquí en la tierra, en tanto que la Moral es solución individual que nos enseña los caminos de la perfección integral de los individuos, entre los cuales se encuentran la justicia y la generosidad que deben regular la dimensión social del individuo humano. La Justicia del jurista establece los mínimos de deberes correlativos que una de-

⁸⁰ B. Häring, *op. cit.*, p. 315.

terminada sociedad considera imprescindibles para la convivencia civilizada y para la cooperación entre los miembros del grupo, en tanto que la Justicia del moralista declara los mínimos del desarrollo moral individual. En cuanto solución social, el Derecho siempre establece deberes para cada miembro del grupo social que son correlativos de los deberes de otros miembros; además, cuando reconoce a alguien un derecho lo hace correlativo de uno o varios deberes. En cambio, los deberes morales siempre son unilaterales, es decir, no dependen del cumplimiento que hagan o dejen de hacer otras personas pues la responsabilidad moral de desarrollarnos y llegar a la perfección la tenemos independientemente del comportamiento ajeno. La responsabilidad jurídica, por el contrario, es la dimensión de nuestra cooperación al bien común, el cual es asunto de todos los miembros del grupo social, aunque repartido proporcionalmente a las capacidades y al puesto que cada uno ocupa en la sociedad.

Terminaremos la exposición de esta quinta teoría, que es la que abrazamos, recordando la definición del Derecho propuesta por el holandés William Lypen: el Derecho es el mínimo de amor exigido en sociedad.⁸¹ En efecto, el alma que insufla vida a todo Derecho es el amor por los demás, lo cual le da dimensión moral, pero no cualquier amor sino sólo aquel que, por considerarse imprescindible para la convivencia humana, es exigido en la comunidad.

⁸¹ Las palabras de la definición son nuestras, pero corresponden a la enseñanza de William A. Lypen en su *Fenomenología del Derecho Natural*, trad. de Pedro Martín y de la Cámara. Carlos Lohlé, Buenos Aires, pp. 189 a 191.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Jorge ADAME GODDARD

PRESENTACIÓN

El día 22 de enero de 1989 inició su vigencia en nuestro país la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*,¹ que fue aprobado por una conferencia diplomática celebrada en la ciudad de Viena, el 11 de abril de 1980. Por la importancia práctica y jurídica que reviste este documento, se le ha dedicado el espacio de esta sección monográfica.

La sección contiene tres apartados. El primero, de carácter doctrinal, ofrece un breve estudio introductorio sobre la convención y su inicio de vigencia en México, y un artículo sobre su ámbito de aplicación, que permitirá al lector conocer a qué contratos de compraventa se aplica.

El segundo apartado es documental. Da, primero, una reproducción del texto oficial de la convención sobre los contratos de compraventa, así como de otras dos convenciones sobre materia de compraventa internacional, estrechamente relacionadas con la primera, y que también ya fueron ratificadas por el gobierno mexicano: la *Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías*,² firmada en Ginebra, Suiza, el 17 de febrero de 1983, y la *Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías*, firmada en Nueva York el 14 de junio de 1974, junto con su *Protocolo de enmiendas*, firmado en Viena, el 11 de abril de 1980, después de haberse firmado la convención sobre los contratos.³ Luego

¹ Versión oficial en español en Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena 10 de marzo-11 de abril de 1980)*, Nueva York, 1981 (Documento A/Conf. 63/15). Publicada en el *Diario Oficial* el 17 de marzo de 1988.

² Publicada en el *Diario Oficial* el 22 de febrero de 1988.

³ Versión oficial en español en Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías* (Nueva

presenta los principales textos que sirvieron de antecedentes a la convención sobre los contratos de compraventa, y que sirven hoy, esa es el principal motivo de su inclusión en este apartado, como fuente para la interpretación del texto vigente; ellos son tres: la *Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías* y la *Convención relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, ambas aprobadas en La Haya, en 1964; y el *Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, preparado por la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, siglas en inglés UNCITRAL), y que discutió y aprobó, con modificaciones, la conferencia diplomática reunida en Viena.

El tercer apartado, la "Orientación Bibliográfica", contiene algunas referencias a obras internacionales de carácter general sobre la convención, en las que el lector podrá encontrar material sobre cualquiera de sus disposiciones, así como numerosas referencias bibliográficas y hemerográficas, y contiene también las referencias sobre los libros y artículos que se han publicado en México sobre ella.

El objetivo de esta sección es simplemente contribuir a la difusión y conocimiento de este texto que, además de ser importante por favorecer el desarrollo del comercio internacional, es importante por constituir un paso decisivo en la formación de un Derecho mercantil internacional, superador de las dificultades que se derivan de la multitud de legislaciones nacionales sobre la materia.

I. ARTÍCULOS

INTRODUCCIÓN A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

SUMARIO: 1. *Origen de la Convención.* 2. *Descripción general de su contenido.* 3. *Iniciación general de vigencia.* 4. *Iniciación de vigencia en México.* 5. *Convenciones complementarias.*

1. ORIGEN

La convención fue aprobada en una conferencia diplomática internacional, que tuvo lugar en la ciudad de Viena, del 10 de marzo al 11 de abril de 1980.

La evolución hacia un derecho común sobre la compraventa internacional se inicia, en este siglo, el año de 1929, cuando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT), a propuesta del insigne jurista y romanista Ernst Rabel, decide establecer un comité que prepare un proyecto de ley uniforme sobre la materia. El comité presentó un proyecto el mismo año de 1929, que después de ser conocido y comentado por los Estados miembros de la Sociedad de Naciones, fue revisado por el propio comité. Este, atendiendo las observaciones hechas por los gobiernos de los Estados, presentó un segundo proyecto en 1939, que no pudo ser discutido por la irrupción de la Segunda Guerra Mundial.

Pasada la guerra, el gobierno holandés convocó a una conferencia, a la que asistieron representantes de veinte gobiernos, que, después de examinar el último proyecto, decidió establecer una comisión especial encargada de reelaborarlo. La comisión produjo dos nuevas versiones: una en 1956, que fue comentada por los gobiernos y organismos internacionales interesados, y a partir de ella hizo una segunda versión, dada a conocer en 1963, que fue bien recibida.

Por otra parte, mientras se discutían los proyectos sobre una ley uniforme sobre compraventa internacional, que en realidad sólo trataban sobre las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor, el UNIDROIT elaboró otro proyecto de ley uniforme sobre la formación del contrato de compraventa internacional, dado a conocer en 1959, que también fue bien acogido.

Habiendo un amplio consenso en cuanto a los propósitos y contenidos de ambos proyectos, el gobierno holandés nuevamente convocó a una conferencia, que se reunió el año de 1964, con el objeto de aprobarlos como leyes uniformes. Asistieron representantes de veintiocho Estados y observadores de cuatro más y de seis organismos internacionales. El resultado de la conferencia fue la aprobación de dos convenciones: por una se establecía una *Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías* (LUFC, siglas en inglés ULFC) y por la otra una *Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías* (LUCI, siglas en inglés ULIS), firmadas ambas el primero de julio de 1964. Entraron en vigor en 1972 entre los nueve Estados que las ratificaron, que eran todo, excepto Israel, de Europa Occidental. Estas convenciones siguen en vigor entre los países que no las han denunciado,¹ pero sirven además como antecedente para interpretar la convención de 1980.

Cuatro años después, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI, siglas en inglés UNCITRAL) decidió pedir a los Estados miembros de la ONU que opinaran sobre las convenciones aprobadas en La Haya y expresaran su intención de ratificarlas o no. Como respuesta a las observaciones recibidas, la CNUMDI decidió establecer un grupo de trabajo, que dirigió el jurista mexicano Jorge Barrera Graf, para que elaborara un proyecto de ley que, teniendo en consideración la diferencia de grados de desarrollo entre los países miembros, pudiera obtener una aceptación más amplia.

El grupo de trabajo elaboró dos nuevos documentos, surgidos de la revisión de los textos aprobados en La Haya, y luego decidió fundirlos en un solo proyecto, que fue presentado a la asamblea de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1978. La asamblea decidió convocar a una conferencia diplomática para que discutiera el proyecto. Esta tuvo lugar en Viena, del 10 de marzo al 11 de abril de 1980. Concurrieron representantes de 62 Estados y de 8 organismos internacionales. El proyecto, revisado por dos comisiones, fue discutido artículo por artículo, y finalmente aprobado por unanimidad el 11 de abril de 1980, conversiones oficiales en Árabe, Chino, Español, Francés, Inglés y Ruso.²

¹ Cuando un Estado parte de estas convenciones ratifica o se adhiere a la convención de 1980, debe denunciar las primeras. Ver artículo 99, párrafos 3 a 6, de la convención de 1980.

² Más información sobre la historia de la convención en Bonell, "Introduction to the convention", en Bianca/Bonell, *Commentary of the international sales law*, Milán, 1987, pp. 3 y ss.

2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE SU CONTENIDO

La convención comprende en total 101 artículos. Se inicia con un preámbulo, en el que se expresan sus objetivos y motivos de aprobación, y termina con la cláusula de autenticidad que expresa la fecha, las versiones expedidas y precede las firmas de los representantes. Su articulado se divide en tres partes.

La Primera Parte "Ámbito de aplicación y disposiciones generales" comprende los trece primeros artículos. Ahí se establece que la Convención se aplicará exclusivamente a los contratos de compraventa internacional; se definen los criterios para juzgar cuando un contrato es internacional; se excluyen cierto tipo de compraventas, por razón de su forma o su objeto, y además se establecen las reglas para interpretar e integrar la convención y para interpretar los contratos de compraventa.

La Segunda Parte, "Formación del contrato", abarca los artículos 14 a 24. Contiene todas las reglas relativas a los requisitos para hacer la oferta, la posibilidad de revocarla o retirarla, la forma de hacer la aceptación, y el momento de perfeccionamiento del contrato. Como principio general establece que la oferta, lo mismo que la aceptación, surten efecto cuando llegan al destinatario (teoría de la recepción).

La Tercera Parte, que es la más amplia, comprende del artículo 25 al 88, se titula "Compraventa de mercaderías". Se subdivide en cuatro capítulos, y éstos en secciones. El primer capítulo (arts. 25-29) establece reglas generales sobre el contrato de compraventa: define lo que entiende por "incumplimiento esencial" (concepto novedoso del cual penden importantes consecuencias), establece que toda comunicación entre las partes surte efecto en el momento en que se expide (teoría de la expedición), que el contrato se modifica por mero acuerdo entre las partes, y los casos en que es posible reclamar el cumplimiento específico del contrato. El segundo capítulo, "Obligaciones del vendedor", precisa el contenido de la obligación de entregar las mercancías, el lugar, momento y forma en que debe hacerse; define la responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías y por los derechos o pretensiones de tercero sobre ellas, especialmente los derivados de la propiedad intelectual, y establece los recursos que tiene el comprador en caso de incumplimiento del vendedor. El siguiente capítulo se refiere a las obligaciones del comprador: precisa el contenido de sus obligaciones de pagar el precio y recibir las mercancías, así como los recursos que tiene el vendedor en caso de incumplimiento. El

capítulo cuarto se dedica exclusivamente al problema de la transmisión del riesgo, con el criterio de que ésta se opera, en general, cuando el vendedor especifica y entrega las mercancías, o al menos las pone a disposición del comprador. El capítulo quinto da reglas comunes para las obligaciones del comprador y el vendedor: define los recursos que tienen en caso de incumplimiento previsible de la otra o de incumplimiento de una entrega en un contrato de entregas sucesivas; indica los criterios para evaluar los daños y perjuicios y para cobrar intereses moratorios, así como los casos de exoneración de responsabilidad por incumplimiento y los efectos de la resolución del contrato.

La Cuarta Parte "Disposiciones Finales" comprende los artículos 89 a 101. Ahí se establece que el Secretario General de las Naciones Unidas es el depositario de la convención; se precisan las reservas que pueden hacer los Estados, la forma en que deberán ratificarla, aprobarla o adherirse a ella, y el momento en que iniciará su vigencia.

3. INICIACIÓN GENERAL DE VIGENCIA

De acuerdo con su artículo 99-1, la Convención entró en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses posterior al día en que se haya depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión, ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

Esto ocurrió el día 1 de enero de 1988, puesto que el 11 de diciembre de 1986 se depositaron simultáneamente los instrumentos de ratificación de Italia, la República Popular China, y los Estados Unidos de Norteamérica, con lo que se cumplió el requisito de diez ratificaciones o adhesiones. A partir de esa primera fecha, la convención estuvo en vigor en los siguientes países: Argentina, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Italia, Hungría, Lesotho, República Popular China, Siria, Yugoslavia y Zambia.

Es interesante el hecho que la convención inició su vigencia en países de cuatro continentes, que tienen diverso grado de desarrollo económico y diverso sistema político. Esto prelude una amplia aceptación y difusión del texto.

Para los países que la ratifiquen o se adhieran posteriormente, la convención entrará en vigor (art. 99-2) el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses, contado a partir de que fuere depositado el instrumento de adhesión o ratificación. Los países que, hasta el 31 de diciembre de 1987 la habían ratificado o se habían

adherido a ella son: Austria (ratificación el 29 de diciembre de 1987; inicio de vigencia el 1 de enero de 1989), Finlandia (ratificación el 15 de diciembre de 1987; inicio de vigencia el 1 de enero de 1989), México (adhesión el 29 de diciembre de 1987; inicio de vigencia el 1 de enero de 1989).³ Durante 1988, se adhirió Australia (adhesión el 17 de marzo de 1988; iniciación de vigencia el 1 de abril de 1989), y la ratificó Noruega (ratificación el 20 de julio de 1988; iniciación de vigencia el 1 de agosto de 1989). Durante 1989, hasta el 26 de abril, la ratificaron Dinamarca (ratificación el 14 de febrero de 1989; inicio de vigencia el 1 de marzo de 1990) y la República Democrática Alemana (ratificación el 23 de febrero de 1989, iniciación de vigencia el 1 de marzo de 1990).⁴

Firmaron la convención, pero aun no la ratifican, los siguientes países: Chile, Checoslovaquia, Ghana, Holanda, Polonia, República Federal Alemana, Singapur y Venezuela.

Conviene recordar que la convención puede aplicarse a contratos en los que sólo una de las partes tiene su establecimiento en alguno de los Estados en los que ya entró en vigor la convención, si resulta que las reglas de Derecho Internacional Privado establecen que el Derecho aplicable al contrato es el del Estado que la ha ratificado.⁵ Por ejemplo, si un comprador mexicano celebró un contrato con un vendedor francés, el 15 de mayo de 1988, y las reglas de Derecho Internacional Privado definen que el Derecho aplicable al contrato es el Derecho francés, entonces se aplica la convención, aun cuando no haya entrado en vigor en México.

No obstante que el inicio de vigencia de la convención ocurre un día determinado, su aplicación a casos concretos puede ocurrir en dos momentos, como lo prevé su artículo 100. La segunda parte de la misma, sobre la formación del contrato, se aplica a ofertas que surtieron efecto el día que entró en vigor la convención o posteriormente. La tercera parte, relativa a las obligaciones del comprador y del vendedor, se aplica a contratos que se perfeccionaron el día en que entró en vigor o posteriormente. Por ejemplo, si un vendedor mexicano hace

³ Ver *Multilateral treaties deposited with the Secretary General. Status as 31 december 1987*, United Nations, N. York, 1988, p. 361.

⁴ Estos son los datos que pude obtener revisando los números del año de 1988, y los de 1989 hasta el 26 de abril, del *Journal of the United Nations*; de Austria y México habla el número 88/5; de Australia el número 88/52; de Noruega el 88/142; de Dinamarca el 89/33 y de la República Democrática Alemana el 89/39.

⁵ Ver Adame Goddard, J., "Ámbito de aplicación de la convención sobre compraventa internacional de mercaderías", en esta misma sección de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*.

una oferta que surte efectos el 29 de diciembre de 1988, y el comprador la acepta el 2 de enero de 1989, se aplicará la convención para regir las obligaciones de las partes, pero no para regir lo relativo a la formación del contrato.

4. INICIACIÓN DE VIGENCIA EN MÉXICO

Los juristas mexicanos estuvieron presentes en los trabajos de formación del proyecto de convención, representados por Jorge Barrera Graf, quien fungía como jefe del Grupo de Trabajo de UNCITRAL que preparó el proyecto. A la conferencia de Viena asistió una delegación mexicana encabezada por Roberto Mantilla Molina, quien fungió como presidente de la Segunda Comisión de la Conferencia de Viena. Pero el gobierno no firmó la convención aprobada en Viena.

Siete años después, la Cámara de Senadores la aprobó, sin reservas, mediante decreto expedido el 14 de octubre de 1987 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 12 de noviembre de ese año. El presidente de la república firmó el instrumento de adhesión el 17 de noviembre, que fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 29 de diciembre del mismo año. Posteriormente, el 17 de marzo de 1988 fue publicado en el *Diario Oficial* el texto de la convención, junto con el decreto de promulgación expedido por el presidente de la República.

De acuerdo con el artículo 99-2 de la convención, inició su vigencia en México el 1 de enero de 1989.⁶

5. CONVENCIONES COMPLEMENTARIAS

La convención sobre los contratos de compraventa no regula todas las cuestiones jurídicas que pueden surgir a propósito de la compraventa internacional. Por eso se han venido haciendo, antes y después de la aprobación de esa convención, otras convenciones que regulan diversos aspectos de la compraventa.

La primera de estas convenciones fue la convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías (La Haya, 1955) que estuvo en vigor, pero ha venido a ser sustituida por otra

⁶ Para la ubicación de la convención en el orden jurídico mexicano, ver Adame Goddard, J., "La convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías en el Derecho Mexicano", en *Anuario Mexicano de Derecho Privado*, 1, 1989 (en prensa).

convención sobre la materia, celebrada, también en La Haya, en 1985, con el objeto, entre otros, de poner su contenido en concordancia con la convención sobre los contratos de compraventa. Esta convención tendrá mucha aplicación práctica, pues en la convención sobre los contratos de compraventa hay muchas cuestiones importantes que se dejan para ser resueltas por la ley nacional que resulte aplicable al contrato, tales como la impugnación de un contrato, la responsabilidad del vendedor por el producto, el tipo de interés, y otras.⁷

Hay otra convención sobre la ley aplicable a la transmisión de la propiedad en la compraventa internacional de objetos muebles corporales (La Haya, 1958), y otra sobre la competencia del foro designado por las partes en un contrato de compraventa internacional de objetos muebles corporales (La Haya, 1958). Ninguna de estas ha entrado en vigor.

En Nueva York, el 14 de junio de 1974, se firmó una *Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, que establece* (art. 8), entre otras cosas, un plazo general de cuatro años para la prescripción de las acciones que surjan de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. El mismo día que se aprobó en Viena, el 11 de abril de 1980, la convención sobre los contratos de compraventa, se aprobó un *Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías*, con el objeto de actualizar su contenido. México se adhirió tanto a la convención de Nueva York como al protocolo de enmiendas.⁸ Esta convención y el protocolo de enmiendas entraron en vigor el 1 de julio de 1988.⁹

Casi tres años después de la aprobación de la convención sobre el contrato de compraventa internacional, se firmó en Ginebra, Suiza, el

⁷ En Adame Goddard, *op. cit.* en nota 6 se da una relación de las cuestiones que deben ser resueltas por la ley aplicable al contrato.

⁸ Se publicaron en el *Diario Oficial* el 6 de mayo de 1988.

⁹ La convención entraría en vigor (art. 44-1), el primer día del mes siguiente al que venciera un plazo de seis meses después de haberse depositado el décimo instrumento de ratificación. Al 31 de diciembre de 1987, ya eran partes de la convención nueve países: Argentina, Checoslovaquia, República Dominicana, Egipto, Ghana, Hungría, Noruega, Yugoslavia y Zambia (*Multilateral treaties deposited with the Secretary General. Status as at 31 december 1987*, Nueva York, 1988, p. 361). Con la adhesión de México, cuyo instrumento de adhesión fue depositado el 21 de enero de 1988, se reunieron los diez países. El protocolo de enmiendas debía entrar en vigor (art. XI) el primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que se hubiera depositado el segundo instrumento de adhesión, siempre y cuando la convención sobre prescripción de acciones y la convención sobre los contratos de compraventa ya estuvieran en vigor; esto ocurrió también el 1 de julio de 1988.

17 de febrero de 1983, la *Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías*, que define los derechos y obligaciones que adquiere un comprador o vendedor que contrata con un representante de la otra parte, tanto los que adquiere en relación al representante como los que adquiere en relación al representado. La convención todavía no entra en vigor,¹⁰ pero México se adhirió a ella.¹¹ Los asistentes a la conferencia pidieron que el UNIDROIT elaborara un proyecto de convención que rigiera las relaciones entre el representante y el representado en la compraventa internacional de mercaderías.

¹⁰ En el informe de Naciones Unidas sobre la situación de los tratados multilaterales al 31 de diciembre de 1987 (citado en nota 9), ni siquiera aparece listada; tampoco se le menciona en los boletines del *Journal of the United Nations* de 1988 y de los primeros cuatro meses de 1989.

¹¹ Publicada en el *Diario Oficial* el 22 de febrero de 1988.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

SUMARIO: *Introducción. 1. Ámbito de aplicación material. 2. Compraventas excluidas. 3. Aspectos no regulados del contrato de compraventa. 4. Exclusiones voluntarias.*

INTRODUCCION

La *Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, que entró en vigor en México, el 1º de enero de 1989, define claramente en sus seis primeros artículos cuál es su ámbito de aplicación. Señala, en primer término, que solamente se aplicará respecto de compraventas internacionales relacionadas con Estados que sean parte de la convención. Luego precisa ciertos tipos de compraventa, aspectos del contrato y problemas relacionados con él, y ciertos contratos semejantes que no están regidos por la convención. Finalmente establece la norma de que la voluntad de las partes contratantes puede excluir total o parcialmente la aplicación de la convención a los contratos de compraventa internacional.

En el presente trabajo se analiza con detenimiento el contenido y alcance de esos seis artículos, que sirven para delimitar si la convención es aplicable o no a casos concretos.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

El artículo primero establece que la convención sólo se aplicará a contratos de compraventa internacionales,¹ esto es, precisa el mismo artículo, a contratos cuyas partes tengan su "establecimiento" en esta-

¹ No se aplica respecto de permutas, ni siquiera en casos en que se conviene que el supuesto comprador pague una parte del precio en numerario y la otra en especie o en servicios. La aplicación a la permuta podría cuestionarse en derechos, como el norteamericano, que admiten que el precio de la compraventa puede pagarse en dinero o en otra forma (*Uniform Commercial Code* 2-304). Ver Barrera

dos diferenes. Este es el único criterio para definir si la compraventa es internacional. No importa ya (como lo exigía la *Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, en lo sucesivo se citará por sus siglas en inglés: ULIS, art. 1.1) que las mercancías tengan que ser transportadas de un país a otro, ni que los actos de oferta y aceptación sucedieran en países diversos. Tampoco interesa, lo dice expresamente el art. 1-3, la nacionalidad de las partes, ni si son comerciantes o no.

La convención no define qué entiende por "establecimiento", pero por haber empleado esta palabra, al menos deja en claro que hace a un lado el concepto de domicilio. Por "establecimiento", John Honnold² y Erik Jayme³ entienden un lugar estable, permanente para la realización de negocios.

De acuerdo con eso, no puede considerarse que es un establecimiento, por ejemplo, la oficina provisional que pone un vendedor para llevar a cabo las negociaciones de un contrato importante. Tampoco el lugar donde una de las partes simplemente tiene un representante autorizado para contratar compraventas.

Si una de las partes tiene una pluralidad de establecimientos, lo cual suele ser frecuente en empresas involucradas con el comercio internacional, la convención dispone (art. 10 inciso a) que se tomará como establecimiento el lugar que tenga más relación con el contrato y su cumplimiento. No es decisiva, para este efecto, la distinción entre empresa matriz y empresa filial. Puede ser, por ejemplo, que una empresa tenga su sede principal en un Estado, y una empresa filial, que fue la que contrató, en otro Estado. En este caso el establecimiento a considerar para determinar la aplicabilidad de la convención sería el de la empresa filial, que fue el que guardó una relación más estrecha con el contrato.

Para definir cuál de varios establecimientos es el que guarda mayor relación con el contrato, precisa la convención (mismo artículo

Graf, J., "Ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Temas de Derecho mercantil*, México, 1983, pp. 136 y ss. Artículo originalmente publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXIX, 114, octubre-diciembre de 1979.

² Honnold, John, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, trad. por Fernando Sánchez Calero y Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, 1987, p. 103. En lo sucesivo se citará Honnold.

³ Jayme, E., "International sales contract", en Bianca/Bonell, *Commentary on the international sales law*, Milán, 1987, p. 30. En lo sucesivo se citará esta última obra *Commentary*.

10, inciso a) que deben tomarse en cuenta las circunstancias conocidas o previstas por las partes en el momento del perfeccionamiento del contrato o en cualquier momento anterior a ello. El artículo habla primero de las circunstancias conocidas o previstas antes de la celebración y posteriormente de las conocidas en el momento del perfeccionamiento. Sin embargo, parece más conveniente tomar en cuenta primero las conocidas o previstas en ese momento, y luego las conocidas o previstas con anterioridad.⁴ A veces no será fácil determinar cuál es el lugar que guarda más relación con el contrato, por ejemplo, cuando el contrato se perfeccionó en un lugar, pero debe ejecutarse en otro. Los jueces y árbitros tienen aquí, como en muchos otros aspectos de la convención, un campo propicio para desarrollar una interpretación adecuada a las necesidades del comercio internacional.

Puede darse el caso, aunque no sea lo habitual, que una de las partes de una compraventa internacional no tiene un establecimiento en el sentido definido arriba. Entonces, la convención dispone (art. 10), que se tendrá en cuenta el lugar de su "residencia habitual". Este concepto de residencia habitual puede dar lugar a divergencia de interpretaciones, ya que en algunos sistemas jurídicos se entiende simplemente como el lugar donde efectivamente se encuentra una persona, mientras que en otros se requiere además de la presencia física la intención del sujeto de permanecer o residir en ese lugar.⁵

Para que la compraventa sea internacional, la convención requiere que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes. No es necesario que ellas sean de diversa nacionalidad (art. 1-3). Sin embargo, el hecho de que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes resulta irrelevante, a efectos de la aplicación de la convención, cuando, dice el art. 1-2, "ello no resulte del contrato" ni de los tratos e información que hubo entre las partes antes o en el momento de perfeccionarse el contrato. Si las dos partes ignoran el carácter

⁴ Así opina Rajskey, J., "Place of business", en *Commentary*, p. 117.

⁵ Rajskey, *op. cit.*, p. 118 señala que el concepto de residencia habitual se ha usado en numerosas convenciones de derecho internacional privado, por ser un concepto que denota exclusivamente el hecho de tener objetivamente la residencia en determinado lugar. En cambio, Loewe, R. ("Campo de aplicación de la convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías y problemas de derecho internacional privado conexos", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, p. 24, México) sostiene que en algunos sistemas jurídicos el concepto de residencia habitual exige la intención de residir, y que hay tal divergencia de opiniones en torno a lo que significa residencia habitual, que el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha hecho una recomendación al respecto, para que sea tomada en cuenta por los legisladores de los países de la región.

internacional de la compraventa, es claro que no se aplica la convención; pero si sólo una de ellas lo ignora, podría pensarse que la convención se aplica respecto de la parte que conoce el carácter internacional de la compraventa, y que no se aplica respecto de la parte ignorante. Al respecto, Roland Loewe⁶ afirma que ese criterio es "insostenible", porque la aplicabilidad de la convención no puede ser relativa; en consecuencia, sostiene que la ignorancia de una sola de las partes debe aparejar la no aplicabilidad de la convención. Esta opinión es congruente con la disposición del artículo 7 de la convención que señala que en la interpretación de la misma se deberá procurar la uniformidad en su aplicación.

Lo ordinario será que ambas partes conozcan en qué Estado tiene su establecimiento la contraparte. Pero esto puede no suceder en los casos en que una parte contrata con un representante de la otra. El representante puede tener un establecimiento en el mismo Estado que la parte con quien contrata, mas contratar en nombre de una parte que tiene su establecimiento en un estado diferente.

La convención sólo se aplica a compraventas internacionales cuando éstas se realizan por partes establecidas en Estados contratantes, esto es en Estados que han ratificado la convención. El caso más simple es que las dos partes tengan su establecimiento en Estados contratantes; en este caso la convención se aplica sin lugar a dudas (art. 1-1-a). La regla sufre una excepción, y la convención no se aplica, cuando la compraventa se realiza entre Estados contratantes que han hecho la reserva prevista en el art. 94. Esta reserva consiste en que el Estado declara que la convención no se aplicará respecto de compraventas en que las partes tengan su establecimiento en determinados Estados. La razón de esta reserva es permitir que ciertos países, que ya tienen entre sí un régimen de compraventa semejante al previsto por la convención puedan seguir aplicándolo, independientemente de que se adhieran a la convención para que regule los contratos celebrados con partes que tienen su establecimiento en otros países.⁷

Cuando sólo una de las partes tiene su establecimiento en un Estado contratante, la convención se aplica sólo si la ley aplicable al contrato,

⁶ Loewe, R., *op. cit.*, p. 25.

⁷ Hasta el 31 de diciembre de 1987, habían hecho esta reserva Finlandia y Suecia, diciendo ambas que la convención no se aplicará respecto de compraventas entre partes que tengan sus establecimientos en Finlandia, Suecia, Dinamarca, Islandia o Noruega. Ver *Multilateral treaties deposited with the Secretary General*, United Nations, N. York, 1988, p. 361.

de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional Privado, es la ley del Estado contratante (art. 1-1-b).

En este último supuesto, la aplicación de la convención queda sujeta a las reglas del Derecho Internacional Privado que determinan cuál es la ley aplicable al contrato. Por principio se acepta que las partes pueden elegir (y es recomendable que lo hagan) el derecho aplicable al contrato,⁸ de modo que si las partes eligen el derecho de un Estado contratante se aplica la convención. Si no hay esa elección, entonces operan las reglas de conflicto de leyes. Estas reglas varían en cada sistema jurídico; sin embargo, hay una corriente de opinión fuerte, que fue recogida en la *Convención sobre derecho aplicable a compraventas internacionales de mercaderías* (La Haya, 1955)⁹ en el sentido de que la ley aplicable es la del lugar donde tiene su establecimiento o residencia habitual la parte que ha de realizar la prestación característica. Por prestación característica se entiende la que no consiste en el pago de una suma de dinero, y en la compraventa es la entrega de las mercancías; por lo tanto, según este criterio, la ley aplicable al contrato de compraventa es la del lugar donde esté establecido o resida habitualmente el vendedor.¹⁰

En el Derecho mexicano se prevé que, salvo pacto de las partes, la forma de los actos jurídicos se regirá por el Derecho del lugar donde se celebren, y que sus efectos jurídicos se regirán por el Derecho del lugar donde deban ejecutarse. (*Código Civil del Distrito Federal*, art. 13-IV y V.) De acuerdo con estas reglas, la convención regirá la formación del contrato cuando se celebre en México, y las obligaciones

⁸ Ver el art. 3-1 de la *Convención sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales*, Roma, 1980. Sobre la posibilidad de que la convención se aplique a un contrato por acuerdo de las partes, ver *infra* no. 4.

⁹ Esta convención fue sustituida por una nueva del mismo nombre, aprobada en La Haya, el 22 de diciembre de 1985.

¹⁰ La aplicación de la convención por efecto de las reglas de Derecho Internacional Privado, quedará afectada por razón del foro que resulte competente. En este supuesto, J. P. Plantard ("Le nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", en *Journal du Droit international*, 115, 2, avril-mai-juin, p. 320) distingue tres casos: a) si el foro es un Estado contratante que no ha hecho la reserva del artículo 95 (ver texto *infra*), el juez aplicará la convención si la ley aplicable al contrato resulta la de su propio Estado o la de otro Estado contratante. b). Si el foro es un Estado contratante que ha hecho la reserva prevista en el art. 95, el juez no aplicará la convención si resulta que el Derecho aplicable es su propio Derecho, pero sí la aplicará si resulta que el Derecho aplicable es el de un tercer Estado contratante que no ha hecho esa reserva. c) Si el foro no es un Estado contratante, el juez aplicará la convención, si resulta que el Derecho aplicable es el de un tercer Estado contratante que no hizo esa reserva.

del comprador y del vendedor cuando hayan de ejecutarse en México. El resultado de la aplicación de estas reglas es que la convención podría aplicarse parcialmente, esto es o respecto de la formación del contrato, o respecto de las obligaciones del vendedor o respecto de las obligaciones del comprador, quedando los aspectos del contrato no regulados por la convención para ser resueltos conforme al Derecho extranjero aplicable.

Esta posibilidad de que la convención tuviera una aplicación relativa por efecto de las reglas de Derecho Internacional Privado, que evidentemente contraría el propósito de procurar una reglamentación uniforme del contrato de compraventa internacional, hizo que en la conferencia que discutía la convención se presentara la propuesta de suprimir el inciso 1-b del artículo primero. Se decidió mantener dicho inciso, por la consideración de que mientras la convención no fuera ratificada por numerosos países, la remisión a las reglas de Derecho Internacional o Privado, prevista en dicho inciso, haría que regulara compraventas internacionales que de otro modo quedarían sujetas a los derechos nacionales. Pero se incluyó un nuevo artículo, el 95, que permite a los Estados que ratifiquen la convención hacer la reserva de que no la aplicarán por efecto de dichas reglas; esto significa, en otras palabras, que sólo la aplicarán respecto de compraventas en que las partes están establecidas o residan habitualmente en Estados que sean partes de la convención.¹¹

Los países que hacen esta reserva, por una parte, merman la aplicabilidad de la convención, pero, por la otra, aseguran su aplicación unitaria a todo el contrato. Honnold opina,¹² con razón, que los Estados que tienen un Derecho interno adecuado a las necesidades del comercio internacional tenderán a hacer la reserva, en tanto que los Estados que no tienen un Derecho interno de esas características tenderán a no hacerla. México no hizo esta reserva.

2. COMPRAVENTAS EXCLUIDAS

El artículo segundo excluye la aplicación de la convención respecto de cierto tipo de compraventas, sea por razón del propósito de las partes, sea por la forma del contrato, sea por el tipo de mercancías.

¹¹ Hasta el 31 de diciembre de 1987 habían hecho esta reserva la República Popular China y los Estados Unidos de Norteamérica. Ver *Multilateral treaties deposited with the Secretary General*, United Nations, N. York, 1988, pp. 361 y ss.

¹² Honnold, p. 105.

La primera exclusión (inciso a) es respecto de compras hechas "para uso personal, familiar o doméstico". La razón de esta exclusión es no impedir la aplicación de las legislaciones nacionales de protección al consumidor, que los Estados suelen considerar como leyes de orden público. De no haberse hecho, posiblemente algunos Estados no ratificarían la convención, o podrían presentarse problemas de difícil solución en los Estados partes al entrar en conflicto la aplicación de la convención con las leyes de protección al consumidor.

El criterio de la convención para definir si una compra es para consumo personal no es muy claro. La primera frase del inciso a del art. 2 da un criterio subjetivo, esto es que el comprador adquiera las mercancías "para" consumo personal, familiar o doméstico. Honnold dice¹³ que lo determinante es el propósito del comprador en el momento de perfeccionarse el contrato, por lo que incluso no importaría que el comprador utilizara las mercancías para fines profesionales, si cuando las compró se proponía usarlas personalmente.

Pero el inciso contiene una frase restrictiva ("salvo que..."), que dice que no importan los propósitos del comprador si el vendedor, al momento de perfeccionarse el contrato, no sabía ni debía saber que el comprador adquiriría las mercancías para uso personal, familiar o doméstico. El vendedor puede saber que el comprador adquiere para tales fines si éste se lo dice. El vendedor debe de saber que las mercancías se adquieren para esos fines cuando, por el tipo de mercancías o por la cantidad de las mismas, es razonable suponer que se adquieren para ello. Por consiguiente, el vendedor no sabe ni debe de saber el propósito del comprador si éste no se lo dice o el tipo y cantidad de las mercancías no lo hace suponer. Así, en el caso de que el comprador adquiere, con propósito de uso personal y sin decirselo al vendedor, una mercancía que suele ser de uso profesional, y que por lo mismo el vendedor no podía saber que era para uso personal, se aplica la convención, aún cuando el propósito del comprador era el consumo personal.

La definición de una compra como compra de consumo depende, por lo tanto, de dos factores, uno subjetivo, el propósito del comprador, y otro objetivo, el tipo o cantidad de las mercancías. El factor subjetivo es determinante cuando el comprador manifiesta su propósito al vendedor. En los demás casos tienen que considerarse ambos factores.

¹³ Honnold, p. 108.

La aplicación de este inciso del artículo puede originar problemas de prueba. Según Honnold,¹⁴ corresponde al comprador probar que compró para uso personal, familiar o doméstico y corresponde al vendedor probar que no sabía ni debía haber sabido los propósitos del comprador.

Cabe preguntar si caen bajo ese inciso las compras hechas por empresas, personas jurídicas, para su "uso personal", por ejemplo compras de equipo de oficina. Como el texto habla de compras hechas para uso "personal, familiar o doméstico", y siendo que estos dos últimos calificativos sólo pueden referirse al uso hecho por personas físicas, se debe entender que la convención sólo se refiere al consumo de personas físicas. Además, las leyes de protección al consumidor, que son las que pretende salvaguardar este artículo de la convención, suelen referirse a los consumidores como personas físicas.

Los incisos *b* y *c* excluyen otro tipo de compraventas, por razón de su forma.

El inciso *b* excluye las ventas por subasta. Esto se debe a que dichas operaciones tienen un proceso peculiar de formación. El vendedor no sabe quién es el comprador, y por tanto no sabe si se aplica o no la convención, hasta que vence el plazo para presentar la mejor oferta. Los redactores de la convención no quisieron sujetar la aplicabilidad de la convención a esa eventualidad.¹⁵

El inciso *c* excluye, dice la versión española, las "compraventas judiciales". La versión inglesa da una noción más amplia: excluye las compraventas hechas *on execution or otherwise by authority of law*. Esto comprende, dice Khoo,¹⁶ las compraventas hechas por el poder judicial o cuasijudicial del Estado. En esta interpretación cabrían, entre otras, las ventas de mercancías decomisadas hechas por las autoridades aduaneras.

Cuando existe contradicción entre distintas versiones oficiales de la convención, como en este caso, debe resolverse siguiendo la regla que da la *Convención sobre el derecho de los tratados*¹⁷ (art. 33-4), que dice que debe preferirse la versión que más se conforme con los objetivos del tratado. En este caso, como se trata de definir tipos de compraventas que la convención no regula, siendo que uno de los objetivos de la convención (ver su párrafo introductorio) es procurar un régimen

¹⁴ Honnold, p. 109.

¹⁵ Ver Khoo, "Exclusions from convention", en *Commentary*, p. 37.

¹⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷ Aprobada en Viena en 1969. México la ratificó y fue promulgada en el *Diario Oficial* el 14 de febrero de 1975.

uniforme de la compraventa internacional, debe prevalecer la versión de alcance más restringido, la que excluya del régimen de la convención el menor número de compraventas, y esta es la versión española.

Los incisos *d*, *e* y *f* descartan compraventas por razón del tipo de mercancías a que se refieren.

El inciso *d* excluye las que se refieren a valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio o dinero. Esta exclusión, que no se precisa donde el término "mercancías" o semejantes (*goods*) denota exclusivamente bienes corporales, si pareció necesaria para los sistemas jurídicos en que podrían confundirse bajo un mismo término los bienes corporales y los incorporales, de modo que pudiera interpretarse que la convención también se aplicaría respecto de contratos que tuvieron por objeto estos últimos.

El inciso *e* se refiere a las compraventas de buques, embarcaciones, aeronaves y aerodeslizadores. La convención anterior (ULIS, art. 5) excluía esos objetos sólo en cuanto fuera obligatorio registrarlos. Pero esto creaba el problema de determinar cuáles buques o aeronaves estaban sujetos a registro y cuáles no, y eso es un asunto que se resuelve en cada país de forma diferente. Para obviar esta dificultad, y la semejante de distinguir entre embarcaciones o aeronaves grandes y pequeñas, los redactores del proyecto decidieron excluir toda compraventa que se refiera a estos objetos, independientemente de sus cualidades, tamaño o requisitos registrales. Al respecto, Honnold¹⁸ comenta que no debe tratarse, por medio de "interpretaciones", que ciertas embarcaciones o aeronaves, como podrían ser las destinadas a fines recreativos o deportivos, no quedaran comprendidas en esta exclusión, pues eso atentaría contra uno de los objetivos esenciales de la convención (art. 7-1), el de promover la uniformidad en su aplicación.

Finalmente, el inciso *f* descarta las compraventas de electricidad. La razón es que el fluido eléctrico difícilmente puede considerarse un objeto corporal.¹⁹

Cabe observar que las exclusiones previstas en los incisos *d* y *e* responden a la idea de que la compraventa debe versar exclusivamente sobre bienes corporales. Tal principio, aunque no se encuentra expreso en algún artículo de la convención, si estuvo presente en la mente de quienes redactaron el proyecto de convención, y si era expreso en los

¹⁸ Honnold, p. 111.

¹⁹ En los trabajos de preparación del proyecto, se presentó una propuesta para excluir también las compraventas de gas, pero fue rechazada, porque el gas suele venderse envasado en tanques, lo cual le da corporeidad. Ver Honnold, p. 111 n. 6.

proyectos de convención preparados por el *Unidroit*,²⁰ pero no es común en el derecho mexicano, según el cual las mercancías pueden ser bienes incorpóreos.²¹

El artículo tercero de la convención, excluye dos tipos más de compraventas. Las de aquellas cosas que el vendedor debe fabricar con materiales que le proporciona el comprador (párrafo 1), y las que consisten principalmente en servicios que el vendedor debe proporcionar además de las mercancías (párrafo 2). La delimitación, en estos casos, entre las operaciones que regirá la convención y las que excluye no es sencilla.

El primer párrafo del artículo da al principio una regla general: la convención se aplica respecto de compraventas de cosas que el vendedor debe fabricar. Mas luego hace una exclusión: no se aplica si el comprador asume "la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios" para fabricarlas. La dificultad en la interpretación de esta disposición estriba en definir lo que debe entenderse por "parte sustancial".

Lo sustancial parece referirse a la participación cuantitativa de los materiales provistos por el comprador en el total de materiales necesarios para la fabricación. Esto se desprende de la historia de este texto. El texto correspondiente en la convención de 1964 (ULIS art. 6) decía una "parte esencial y sustancial"; el proyecto preparado inicialmente en el grupo de trabajo de UNCITRAL conservaba ambos términos, pero posteriormente, en el mismo grupo de trabajo, se decidió abandonar el término esencial, y el proyecto de convención que se presentó a discusión a la conferencia ya no lo contenía.²² Al suprimirse el término esencial se eliminó toda referencia a lo que podrían ser los aspectos cualitativos de los materiales.²³

El adjetivo sustancial, en Español, denota lo relativo o perteneciente a la sustancia, y entre los significados de esta palabra está el del

²⁰ Ver Barrera Graf, *op. cit.*, pp. 137-139, quien proponía que la convención expresamente señalara que sólo se aplicaría a compraventas de "bienes muebles corporales".

²¹ Código de Comercio, arts. 373-386. Ver Góngora Pimentel, *s.v.* "Mercancías", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, 1988.

²² Khoo, "Goods to be produced and services", en *Commentary*, p. 41, dice que en los registros de las sesiones del grupo de trabajo de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law Yearbooks*) no se consigna alguna explicación de esta decisión.

²³ Sin embargo, la versión francesa del art. 3 de la convención actual dice "une part essentielle".

valor o estimación pecuniaria de las cosas.²⁴ De modo que la expresión parte sustancial sí puede entender en el sentido de parte cuantiosa.

Honnold²⁵ dice que para definir si una parte es sustancial se debe considerar su valor pecuniario y compararlo con el valor total o costo de los materiales empleados en la producción de una mercancía. Afirma que "la única relación mensurable es la basada en el valor". Si bien puede pensarse en otros aspectos, como el peso o el volumen, que podrían considerarse, es claro que la estimación más sencilla, y en la mayoría de los casos la más importante, es la del valor pecuniario. De acuerdo con este criterio, puede ocurrir que un material represente sólo el 5 o 10% del volumen o del peso total de los materiales empleador en una mercancía, pero si su valor pecuniario es más del 50% del costo total, será considerado como una parte sustancial.

¿Qué proporción en el total del costo de los materiales de producción puede considerarse sustancial? Khoo²⁶ dice que no es necesario que la participación sea la mayor, basta con que sea considerable para afirmar que es sustancial. Su argumento se basa en la comparación con el término parte principal (*preponderant part*, en la versión inglesa) que aparece en el párrafo 2 del mismo artículo tercero. Una parte sustancial debe ser menor que una parte principal. La parte principal, en relación al valor pecuniario, es la que representa, cuando menos, el 51% del valor total. Una parte sustancial, por lo tanto, puede ser menor del 51% del valor total. Quizá no haya dificultad en afirmar que una parte que representa el 40% del valor total es una parte sustancial; pero si representa el 35%, es decir más de una tercera parte, ¿será una parte sustancial o no? La cuestión tendrá que decidirse, caso por caso, por los jueces, quienes, entre otras cosas, deberán tener en cuenta que uno de los objetivos de la convención (art. 7-1) es promover la uniformidad en su aplicación.

El segundo párrafo del artículo tercero establece una exclusión sin reservas: la convención no se aplica a contratos en que "la parte principal de las obligaciones" del vendedor consiste en "suministrar mano de obra o prestar otros servicios". Esto puede aplicarse, por una parte, a los contratos a los que se refiere el párrafo primero, en los que el comprador proporciona los materiales, o una parte sustancial de ellos, y el vendedor se obliga a fabricar las mercancías. Pero también puede

²⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 19a. ed., Madrid, 1970, *s.v.* substancia y sustancial.

²⁵ Honnold, p. 114.

²⁶ Khoo, *op. cit.*, p. 42.

referirse a contratos en que el vendedor se obliga a entregar unas mercancías, que él tiene o fabrica, y a prestar determinados servicios que son necesarios para que las mercancías reporten la utilidad que espera el comprador. Por ejemplo, cuando el vendedor se obliga a entregar determinado equipo industrial, y además a instalarlo, capacitar personal para operarlo y supervisar su funcionamiento durante cierto tiempo.

De acuerdo con lo dicho arriba acerca de lo que es una parte sustancial, se desprende que parte principal es la que representa el 51%, o más, del valor pecuniario. En consecuencia, cuando en un contrato el valor de los servicios es mayor que el valor de las mercancías, no puede considerarse, de acuerdo con esta disposición, como una compraventa regulada por la convención. Si el valor de los servicios representa menos del 51%, la convención se aplica, pero surge entonces una nueva cuestión: rige la convención también lo relativo a la prestación de los servicios o regula exclusivamente lo que se puede considerar compraventa en sentido estricto?

La cuestión debe plantearse en estos términos: ¿existe en esos casos un solo contrato, de compraventa, o se trata de dos contratos, uno de compraventa y otro de prestación de servicios? Si se resuelve que es un sólo contrato de compraventa, entonces la convención se aplica y rige también lo relativo a los servicios. Si se resuelve que son dos contratos, la convención no se aplica para regular los servicios.

Honnold opina²⁷ que si existen "relaciones significativas" entre la entrega de mercancías y la prestación de servicios, el negocio debe tratarse como un solo contrato y aplicarse la convención. Khoo²⁸ opina que debe darse ese tratamiento cuando ambos aspectos están estrechamente relacionados (*closely connected with each other*).

La opinión de estos autores, coincidente en el fondo, parece razonable; pero la solución que de ella se deriva para casos concretos puede resultar compleja. En efecto, si en un contrato de este tipo, el comprador quisiera resolver el contrato argumentando que el vendedor no prestó los servicios que se habían convenido, tendría que juzgarse de esta cuestión aplicando, por una parte, las reglas de la convención sobre el derecho de las partes a resolver el contrato, pero previamente debería haberse resuelto si hubo o no incumplimiento de la prestación de servicios. Como la convención no proporciona reglas sobre la prestación de servicios, ¿cómo debe resolverse esta cuestión?

²⁷ Honnold, p. 115.

²⁸ Khoo, *op. cit.*, p. 43.

El art. 7-2 de la convención dispone que las cuestiones no resueltas en ella, que versen sobre materias que la misma rige, deben resolverse conforme a sus principios generales, y si este recurso no basta, por la ley que resulte aplicable según las reglas del Derecho Internacional Privado. Si se considera que la prestación de servicios es una cuestión relativa a materias que rige la convención, se seguiría esa disposición y, considerando que entre los principios de la convención está el respeto a la autonomía de las partes y la buena fe contractual,²⁹ puede afirmarse que se juzgaría sobre el incumplimiento de la prestación de servicios, aplicando la convención, teniendo en cuenta primeramente lo que las partes convinieron en el contrato, y si esto no fuera suficiente, se acudiría al Derecho interno aplicable a la prestación de servicios. Pero si se considera, lo cual me parece más razonable, que la prestación de servicios es una materia no regida por la convención,³⁰ entonces tendría que recurrirse inmediatamente el Derecho nacional que resultara aplicable.

En los casos en que la cuestión sobre incumplimiento de la prestación de servicios tuviera que solucionarse conforme al derecho interno aplicable, la solución sería la misma que si se considerara el negocio como dos contratos diferentes: una compraventa, regida por la convención, y un contrato de prestación de servicios regido por el Derecho interno aplicable.

3. ASPECTOS NO REGULADOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La convención (art. 4 principio) regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor que surjan del contrato. Expresamente excluye todo lo que se refiere a la "validez" del contrato, de cualquiera de sus cláusulas o de los usos o costumbres aplicables (art. 4 inciso a); a los efectos que produzca el contrato sobre la propiedad de las mercancías

²⁹ No existe un artículo que defina cuáles son los principios de la convención, pero Bonell, "intepretation of the convention", en *Commentary*, p. 80, considera que, entre otros, lo son el de autonomía de las partes y buena fe contractual.

³⁰ Sobre la distinción, muchas veces problemática, entre materias regidas por la convención pero no resueltas por ella, y materias no regidas por la convención, ver Vis, W., "Aspectos de los contratos de compraventa internacional de mercaderías no comprendidos por la Convención de Viena de 1980", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 11 y ss., México. Él concluye que materias regidas por la convención son aquellas a las que expresamente se refiere en algún artículo. Según este criterio, que juzgo razonable por facilitar la uniformidad en la interpretación de la convención, la prestación de servicios sería una materia no regida por ella.

(art. 4 inciso b), y a la responsabilidad del vendedor por las lesiones corporales o muerte que produzcan las mercancías a una persona (art. 5).

La afirmación de que la convención sólo regula las obligaciones y derechos del comprador y vendedor que surjan del contrato, aunque es en sí misma clara, puede dar lugar a discusión cuando esas obligaciones y derechos, o ciertos aspectos de ellas, se encuentran también regulados por leyes nacionales. Un ejemplo de ello es el caso de un vendedor que engaña al comprador acerca de su capacidad para producir determinadas mercancías, con lo que logra convencerlo que las compre, y luego entrega mercancías con defectos de fabricación. El problema podría plantearse, desde la perspectiva de la convención, como un caso de responsabilidad contractual del vendedor por falta de conformidad de las mercancías, que se resolvería, según los artículos 35-42, con la sustitución o reparación de las mercancías, o con una reducción proporcional del precio, o con una resolución del contrato y, en todos los casos, una indemnización por los daños causados por el incumplimiento. Desde la perspectiva del Derecho interno, podría plantearse como un caso de responsabilidad extracontractual derivada del dolo o engaño causado, que podría resolverse declarando la invalidez del contrato, exigiendo al vendedor una indemnización por los daños y perjuicios causados por el dolo, y quizá imponiéndole una pena pecuniaria, una multa o una sanción administrativa.

En estos casos, ¿qué ordenamiento jurídico debe prevalecer, la convención o el Derecho interno? El problema es complejo y debe resolverse caso por caso, pero ciertamente la decisión de la parte afectada en favor de uno u otro Derecho será importante.

Respecto de la "validez" del contrato o de alguna de sus cláusulas, debe tenerse en cuenta que la convención destina toda su Segunda parte (arts. 14-24) a la formación del contrato, esto es a determinar cómo y en qué momento se perfecciona o se modifica un contrato de compraventa. Además los artículos 11 y el 29 prescriben que el contrato y sus modificaciones se perfeccionan por el mero consentimiento, sin necesidad de forma escrita, excepto cuando el Estado de alguna de las partes ha hecho la reserva de que el contrato y sus modificaciones tendrán que constar por escrito.³¹ Al decir el inciso a del artículo 4 que la convención no regula lo relativo a la "validez" del contrato, lo que quiere decir es que nada dispone acerca de las causas que pueden invalidar un contrato o una cláusula de un contrato de compraventa

³¹ Ver nota 37.

válidamente contraidos, de conformidad con lo dispuesto en su Segunda Parte. Si, por ejemplo, una persona hace una oferta de venta que no reúne los requisitos que exige el artículo 14 de la convención, y la oferta es aceptada por otra, debe resolverse acerca de si se ha perfeccionado o no un contrato válido siguiendo las reglas sobre formación del contrato de la propia convención. Pero si se discute acerca de si puede invalidarse un contrato debidamente formado según esas reglas, entonces ya no se aplica la convención, sino el derecho interno que rija el contrato.

Lo que prescribe el artículo 4 al hablar de "validez del contrato" es que la impugnación de un contrato aparentemente válido se regirá por el Derecho nacional aplicable, esto es que conforme a él serán resueltos todos los problemas relativos a la inexistencia, nulidad o anulabilidad del contrato, tales como los derivados del error en la determinación del objeto, inmoralidad o ilegalidad del contrato, engaño o intimidación, capacidad de las partes, poderes del representante, etcétera, mas, no por lo dicho arriba, los derivados de falta o defecto de forma. Las acciones que, de conformidad con el derecho interno, tengan las partes en estos casos no quedan mermadas o afectadas por la convención.

Cabe notar que se ha formulado ya una *Convención sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías* (Ginebra, 1983), que ya fue ratificada por México,³² pero todavía no entra en vigor, que regula las relaciones que se generan entre un comprador o vendedor representado y los terceros que contratan con el representante. Esta convención, cuando entre en vigor, deberá ser tomada en cuenta, con preferencia al Derecho interno, para juzgar acerca de la validez de un contrato celebrado por medio de un representante.

A propósito de la validez del contrato, debe tenerse en cuenta que el artículo 55 de la convención dispone que si las partes expresaron válidamente su consentimiento, pero no determinaron un precio ni un modo para determinarlo, se considerará que el precio convenido es el precio generalmente cobrado por las mercaderías objeto del contrato en el momento de perfeccionarse el contrato. El objeto de esta disposición no es reconocer la validez de la compraventa cuando no hay acuerdo sobre el precio o el modo de determinarlo, lo cual sería absurdo, sino establecer un modo objetivo para determinar el precio que suple la falta de acuerdo al respecto entre las partes. El resultado es que no se podrá acudir al Derecho interno para impugnar un contrato

³² Publicada en el *Diario Oficial* el 22 de febrero de 1988.

de compraventa, argumentando que no hubo acuerdo sobre el precio o el modo de determinarlo, ya que la misma convención establece un modo para determinarlo.³³

Tampoco afecta la convención las disposiciones del Derecho interno sobre la validez de determinadas cláusulas. Esto puede tener importancia, especialmente respecto de cláusulas por las que el comprador renuncia a garantías implícitas sobre la calidad de las mercancías. La convención prevé en su artículo 35 los criterios para juzgar si las mercancías entregadas por el vendedor son las adecuadas. Si el comprador renunciara a las disposiciones de este artículo, ¿sería válida tal renuncia? El propio artículo 35 dice que sólo se aplicarán los criterios ahí previstos si las partes no convinieron otra cosa. De acuerdo con esto, la renuncia sería válida. Pero si la ley nacional aplicable al contrato dispone que una renuncia de ese tipo no es válida, o que tiene que llenar determinados requisitos, ¿podría entonces el comprador impugnar la cláusula con los recursos que le otorgue la ley nacional?

Debe tenerse en cuenta que, por lo general, las leyes nacionales que tienen disposiciones de este tipo son las que rigen las ventas al consumo, las cuales no quedan comprendidas por la convención; sin embargo hay legislaciones aplicables a las transacciones comerciales que sí las tienen, por ejemplo, el *Uniform Commercial Code* 2-316,2 y 3. Honnold,³⁴ respecto de este código mercantil, opina que no debe aplicarse, porque la convención contiene normas que protegen lo mismo que intenta proteger la norma citada del UCC. Pero habrá que dar una respuesta para cada legislación nacional. En términos generales, la cuestión puede plantearse así: las normas del Derecho interno que pretenden proteger a una de las partes contratantes ¿son normas sobre la validez del contrato? Si lo son, entonces prevalecen sobre la convención.

La validez de los usos es otra cuestión que el inciso a del artículo 4 deja a la legislación interna. El artículo 9 establece que las partes

³³ La aplicación del art. 55 no está exenta de problemas. Habla de un contrato que "haya sido válidamente celebrado", sin que las partes acordaran el precio o el modo de determinarlo. Pero el art. 14, primero de la segunda parte sobre la formación del contrato, dice que para que una propuesta constituya una oferta, de la cual podrá surgir un contrato, se requiere, entre otras cosas, que fije el precio o el modo de determinarlo. De la confrontación de estos dos textos surge esta cuestión: ¿puede haber un contrato "válidamente celebrado" cuando es el resultado de una oferta que, por no fijar el precio, no debe de surtir efectos? La aplicación del art. 55 podría quedar reducida a los casos en que el contrato se realiza entre "presentes", esto es sin necesidad de que medie tiempo entre la oferta y la aceptación.

³⁴ Honnold, pp. 284 y ss.

quedan obligadas por los usos que hubieran convenido o establecido entre ellas, y por los usos generalmente observados en el comercio internacional que ellas debían conocer, y que la convención considera tácitamente convenidos. La cuestión sobre la validez de los usos, que deberá resolverse de acuerdo con la ley aplicable al contrato, puede enfocarse desde dos puntos de vista. El uso puede ser inválido porque el consentimiento fue defectuoso o simplemente no hubo consentimiento. O puede ser inválido porque contraría una norma de orden público. La cuestión de si se entiende o no convenido tácitamente un uso, se resuelve de acuerdo con el citado artículo 9 de la convención.

El inciso b del artículo 4 prescribe que la convención nada regula acerca de los efectos que el contrato pueda producir en la propiedad de las mercancías. La razón de esta exclusión es la amplia diversidad que hay en los Derechos nacionales respecto a la adquisición o transmisión de la propiedad de las cosas vendidas.

Sin embargo, la convención contiene algunas disposiciones relativas a la propiedad de las mercancías. El artículo 30 dice que es obligación del vendedor transmitir la propiedad de las mercancías, y el artículo 41 dice que debe entregarlas libres de "cualesquiera derechos o pretensiones de terceros". En consecuencia, si el vendedor no transmite la propiedad de ellas o las entrega sujetas a derechos reales o personales incumple sus obligaciones contractuales reguladas por la convención, y podría exigírsele responsabilidad de acuerdo con lo que la misma prescribe. La cuestión de si el vendedor transmitió o no la propiedad, o si las mercancías estaban gravadas o no con derechos de tercero, debe resolverse, siguiendo el inciso b del art. 4, de acuerdo con el derecho interno aplicable.

La cuestión de la propiedad de las mercancías suele relacionarse en algunos Derechos, como en el mexicano, con la transmisión del riesgo al comprador por la pérdida o deterioro debidos a caso fortuito. Los juristas acostumbrados a estos Derechos podrían pensar que la cuestión del riesgo, como dependiente de la cuestión de la propiedad, debería resolverse de acuerdo con el Derecho interno. Pero como la convención regula la transmisión del riesgo, en sus artículos 66-70, independientemente de la adquisición de la propiedad, no deben interferir en esta materia las disposiciones del Derecho interno.

El artículo 5 excluye la aplicación de la convención a toda controversia relativa a la responsabilidad del vendedor por las lesiones o muerte que las mercancías hubieran producido a alguna persona. El artículo no tiene antecedente en las convenciones anteriores, ni figuraba

en el proyecto preparado por UNCITRAL. Fue introducido en la conferencia de Viena, con el objeto de excluir toda la problemática de la responsabilidad extracontractual por el producto, que ha tenido desarrollos muy amplios y diversos.

Debe tenerse en cuenta que la convención regula en sus artículos 35-44 todo lo referente a la calidad o conformidad de las mercancías. Por eso, el artículo 5 no excluye que la convención se aplique cuando las mercancías entregadas por el vendedor no son conformes con el contrato y causan daños al comprador, aun cuando sean daños consistentes en lesiones a la integridad corporal de una persona. Por ejemplo, un vendedor entregó una maquinaria defectuosa que al ser puesta en operación estalló y produjo lesiones a uno de los obreros del comprador. El comprador puede exigir aquí responsabilidad al vendedor, de acuerdo con la convención, por no ser la mercancía conforme con el contrato, puesto que no es apta para los fines a que ordinariamente se destina (art. 35-2-a), y podrá considerar, de acuerdo con su artículo 74, que las lesiones sufridas por el obrero, ya que implican pérdida de trabajo y posiblemente pago de indemnizaciones, son parte de los daños que le causó el incumplimiento del vendedor y que éste tiene que indemnizar.

Lo que el artículo 5 excluye es la responsabilidad extracontractual del vendedor, es decir la responsabilidad por las lesiones o muerte que causen mercancías que son conformes con el contrato, o por las que causen en personas distintas del comprador.

Pero ciertos casos pueden plantearse tanto desde el punto de vista de la responsabilidad contractual del vendedor, regulada por la convención, como desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual por el producto. Honnold³⁵ propone el siguiente caso: un vendedor entrega al comprador un horno defectuoso, que estalla en la negociación del comprador al ser puesto en operación. ¿Debe aplicarse la convención, o el Derecho interno? Honnold opina que debe aplicarse la convención pues si ésta iba a quedar desplazada por las normas del Derecho interno en materias que ella regula, su aprobación y puesta en vigor en diferentes Estados no tendría razón de ser.

³⁵ Honnold, p. 37.

4. EXCLUSIONES VOLUNTARIAS

La convención tiene como principio fundamental el respeto a la autonomía de las partes. Por eso, el artículo 6 dispone que "las partes"³⁶ pueden voluntariamente excluir la aplicación de toda la convención, o bien establecer excepciones a sus disposiciones o modificar cualesquiera de sus efectos, salvo el requisito de que el contrato, y cualesquiera de sus modificaciones, tenga forma escrita,³⁷ cuando así lo ha establecido, mediante reserva, uno de los Estados contratantes (artículos 12 y 96).³⁸

La exclusión de toda la convención debe hacerse por acuerdo de las partes. Basta con que manifiesten su voluntad de que no se aplique la convención, y no es necesario, para que el acuerdo surta efectos, que determinen cuál es el derecho que ha de regir el contrato, pues si ellas no lo prevén, lo determinará el Derecho Internacional Privado.

La convención anterior (LUCI art. 3) establecía que la exclusión podía ser tácita. La convención actual no admite expresamente la exclusión tácita, pero tampoco la prohíbe. La referencia a la exclusión tácita se suprimió en la conferencia de Viena, no con la intención de suprimir esa posibilidad, sino con la de evitar que los jueces que tuvieran que aplicar la convención interpretaran ligeramente que las partes la habían tácitamente excluido.³⁹ Para juzgar si en un contrato las

³⁶ Al hablar de "las partes", se entiende que de común acuerdo o por consentimientos las partes pueden excluir o variar las disposiciones de la convención. Bonell, "Parties autonomy", en *Commentary*, p. 57, dice que las disposiciones previstas en la segunda parte de la convención, relativa a la formación del contrato, pueden modificarse por voluntad de una sola parte; por ejemplo, el art. 16-1 dice que la oferta es por lo general irrevocable, excepto cuando el oferente indica claramente lo contrario; esto significa, según este autor, que el oferente tiene el derecho de modificar unilateralmente la regla de irrevocabilidad establecida en ese artículo. En realidad no es eso, puesto que el oferente, al establecer que la oferta es revocable, no modifica el artículo, sino que se vale de una disposición que el mismo contiene.

³⁷ La regla de la convención, arts. 11 y 29, es que el contrato y sus modificaciones se perfeccionan por el mero consentimiento sin necesidad de escrito o formalidad alguna. Hasta el 31 de diciembre de 1987, los Estados que han hecho reserva, de conformidad con el art. 96, para que no se apliquen estos artículos y el contrato y sus modificaciones consten por escrito son: Argentina y Hungría.

³⁸ Bonell (*op. cit.*, p. 61) añade que, por lógica, tampoco pueden excluirse otros artículos de la convención: no puede excluirse el art. 4 que dispone que la convención no rige la validez del contrato, ni la adquisición de la propiedad de las mercancías. Tampoco el art. 7 que define las reglas distintas se promueve, en el contrato, pues de interpretarlos conforme a reglas distintas se promueve, en contra del art. 7-1, la diversidad de interpretaciones. Ni el art. 28 que dispone que una parte sólo podrá reclamar judicialmente el cumplimiento específico de una obligación a la otra, cuando el juez tenga la posibilidad, conforme a su derecho, de hacer una condena en especie en casos semejantes.

³⁹ Bonell, "Parties autonomy", en *Commentary*, p. 52.

partes excluyeron tácitamente la convención, afirman Bonell y Honnold,⁴⁰ debe acudirse a las normas de interpretación del contrato (arts. 7 y 8) previstas en la convención. Esto es lógico, porque si se va a resolver sobre la aplicabilidad de la convención a un contrato que en principio ella rige, es necesario que conforme a sus reglas de interpretación se decida si fue esa la intención de las partes.

Bonell opina que hay una exclusión implícita de la convención cuando las partes definen, como derecho aplicable al contrato, el de un Estado que no es parte de la convención. Pero si las partes dicen que se aplicará, en general, el Derecho de un Estado parte, no hay exclusión pues la convención es ya el Derecho aplicable de ese Estado parte, aunque en él existan otros ordenamientos jurídicos aplicables a la compraventa entre nacionales.⁴¹ Es problemático, sigue diciendo este autor, decidir si hay una exclusión tácita, en casos en que las partes usan un formato de contrato que está claramente influenciado por principios y reglas de un Derecho interno. Este solo dato, no es suficiente para afirmarla, pues tienen que considerarse otras circunstancias, tales como el conocimiento que tengan las partes de la convención, la práctica que hayan tenido entre ellas, si eligieron como foro competente el de un Estado que no es parte de la convención, y otras.

El artículo 6 acepta que la convención puede ser derogada o modificada por voluntad de las partes, pero no dice si éstas tienen un plazo para hacerlo, ni cómo deben expresar su voluntad, o bajo qué restricciones, para que surte el efecto que pretenden.

Respecto del plazo, Bonell opina que no lo hay, es decir que las partes pueden convenir una exclusión o modificación al principio de sus negociaciones, lo cual sería lo más conveniente, pero también después de haber perfeccionado un contrato.⁴²

⁴⁰ Bonell, *op. cit.*, p. 55, Honnold, p. 129.

⁴¹ Bonell, *op. cit.*, p. 56. Pero cuando el Estado parte, cuya ley se eligió para regir el contrato, es uno que ha hecho la reserva de que la convención no se aplicará por efecto de las reglas de Derecho Internacional Privado (art. 95), (ver nota 11), entonces la convención no se aplica, pues se entiende que de aplicarse la convención por elección de las partes lo sería por efecto de una de las reglas de Derecho Internacional Privado. Así opina J. P. Plantard, "Le nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", en *Journal du Droit International*, 115, 1988, 2 avril-mai-juin, Paris, p. 322.

⁴² Bonell, *op. cit.*, p. 58. Como apoyo de su opinión cita una sentencia de la Suprema Corte de la República Federal Alemana, en que resolvió esa cuestión aplicando la convención de La Haya. Como la convención es un texto de aplicación internacional, que debe interpretarse de acuerdo con su carácter internacional (art. 7-1), las decisiones de los tribunales de un Estado pueden servir de precedente a los jueces de otros Estados.

La validez del acuerdo de las partes para excluir o modificar la convención deberá juzgarse de acuerdo con el Derecho nacional aplicable al contrato. Pero cuando las partes, además de hacer la exclusión o modificación de la convención, eligieron un Derecho determinado para regirlo, surge la cuestión de cuál Derecho decidirá sobre la validez de la cláusula de exclusión o modificación, el Derecho que de acuerdo con las reglas de Derecho Internacional Privado debe regir el contrato, o el Derecho que han elegido las partes para sustituir la convención. Bonell opina, siguiendo el artículo 10 de la *Convención sobre el derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías (La Haya, 1985)*, que se juzga conforme al Derecho escogido por las partes, excepto cuando una de ellas impugna la cláusula de elección de Derecho.

Cuando las partes han excluido válidamente toda la convención, el contrato se rige entonces por el Derecho que determinen las reglas del Derecho Internacional Privado o, en su caso, por el que las partes hayan elegido. Si las partes sólo han excluido una de sus disposiciones, sin haber dado otra regla aplicable, y se presenta un problema que debería resolver la disposición excluida, la solución, dice Bonell, debe obtenerse aplicando el artículo 7-2, que dispone que las cuestiones no previstas se resuelvan a partir de los principios generales en que se basa la convención, y a falta de ellos, por el Derecho nacional aplicable.

Si resulta que las partes excluyeron inválidamente la convención o alguna de sus disposiciones, pueden producirse diversos resultados. Si la exclusión resultó inválida por defecto de consentimiento, entonces la exclusión se tiene por no hecha y se aplica simplemente la convención. Si la exclusión es inválida, por su contenido, por ejemplo por haberse hecho mediante señalamiento de que se aplicaría al contrato un Derecho nacional determinado, y resulta que las partes, de acuerdo con el Derecho aplicable al contrato, no estaban facultadas para hacer esa elección, entonces, dice Bonell,⁴³ se entiende que la exclusión de la convención es válida, pero el Derecho que regirá el contrato no es el que eligieron las partes sino el que determinen las reglas del Derecho Internacional Privado.

Otra cuestión es si las partes de un contrato de compraventa, que en principio no debía regularse por la convención, pueden convenir que ella lo rija. La convención de la Haya (ULIS art. 4) establecía que eso era posible, cuando el acuerdo de las partes no contradecía alguna

⁴³ *Op. cit.*, p. 61.

norma "imperativa" del Derecho nacional aplicable al contrato. Por la dificultad de definir lo que debía entenderse por norma imperativa, se suprimió el proyecto de convención que presentó UNCITRAL la referencia a tal posibilidad.⁴⁴ Pero esto no quiere decir que la convención actual no puede aplicarse por voluntad de las partes a un contrato que cae fuera de su ámbito de aplicación. Ninguna norma de la convención impide que esto sea posible. Pero la validez de un acuerdo de este tipo, depende de que el Derecho nacional aplicable reconozca a las partes la capacidad de elegir el Derecho que regirá el contrato.⁴⁵

Honnold⁴⁶ analiza varios casos de acuerdos para hacer aplicable la convención a contratos que, en principio, no rige. Hacerla aplicable, por voluntad de las partes, a contratos hechos por consumidores (excluidos por el art. 5), le parece difícil, porque se presentaría la cuestión de si el acuerdo de las partes prevalecería sobre las leyes de protección al consumidor que, en principio, son de orden público. Respecto de compraventas sobre mercancías excluidas del régimen de la convención (valores mobiliarios, buques, electricidad, etcétera, art. 2), y compraventas de mercancías fabricadas por el vendedor con materiales que suministra el vendedor o compraventas que implican una prestación de servicios por parte del vendedor (art. 3), opina que sí es válido el acuerdo por el que las partes hacen aplicable la convención a estos contratos.

Respecto del caso de compraventas que se celebran entre partes que tienen establecimientos en el mismo Estado, es decir que no tienen el requisito necesario para ser consideradas internacionales, Honnold opina que es válido el acuerdo de regirlas por la convención, y que es conveniente hacerlo especialmente en aquellas compraventas que están encadenadas con otra compraventa que sí es internacional, sea porque el vendedor tiene que adquirir las mercancías en una compraventa internacional, sea porque el comprador las venderá en otra operación internacional.

Un caso más es el de una compraventa celebrada por partes que no tienen, ninguna de las dos, su establecimiento en un Estado parte de la convención. Honnold opina que el acuerdo sería válido si las normas del Derecho nacional aplicable permiten a las partes amplia libertad para elegir el Derecho que regirá sus contratos. En algunos Derechos, agrega, se exige que el derecho elegido por las partes tenga alguna

⁴⁴ Honnold, pp. 130 y ss.

⁴⁵ Ver Bonell, *op. cit.*, p. 62; Honnold, pp. 130 y ss.

⁴⁶ Honnold, pp. 133 y ss.

relación con el contrato, pero puede entenderse que ese requisito se cumple —sugiere este autor— porque las partes eligen un Derecho que se aplica en el comercio internacional, que es fácilmente cognoscible y asequible por los jueces. Bonell,⁴⁷ en cambio, opina que no es válido un acuerdo de ese tipo, porque los Derechos nacionales suelen dar a las partes libertad para escoger un derecho nacional aplicable a sus contratos, pero no para escoger un derecho internacional. Sin embargo, como la convención al ser ratificada por un Estado se convierte, al menos formalmente, en Derecho nacional de ese Estado, el argumento de Bonell no parece decisivo.

⁴⁷ Bonell, *op. cit.*, p. 63.

II. DOCUMENTOS

1. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (1980)

Los Estados Partes en la presente Convención,

Teniendo en cuenta los amplios objetivos de las resoluciones aprobadas en el sexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional,

Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; o

b) cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;

b) en subastas;

c) judiciales;

d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;

e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;

f) de electricidad.

Artículo 3

1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Artículo 4

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Artículo 5

La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Artículo 6

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7

1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 8

1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era su intención.

2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado un persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Artículo 9

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 10

A los efectos de la presente Convención:

1. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
2. Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

Artículo 11

El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

Artículo 12

No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se haga por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

Artículo 13

A los efectos de la presente Convención, la expresión «por escrito» comprende el telegrama y el telex.

PARTE II

FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14

1. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 15

1. La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.
2. La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 16

1. La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.
2. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
 - a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o
 - b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

Artículo 17

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

Artículo 18

1. Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.
2. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.
3. No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la ex-

pedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

Artículo 19

1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Artículo 20

1. El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, telex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2. Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

Artículo 21

1. La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

2. Si la carta o cualquier otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario que considera su oferta caducada o le envía una comunicación en tal sentido.

Artículo 22

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 24

A los efectos de esta parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención «llega» al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

PARTE III

COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Artículo 26

La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte.

Artículo 27

Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.

Artículo 28

Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene el derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a

menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención.

Artículo 29

1. El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.

2. Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

CAPÍTULO II. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 30

El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I. ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS Y DE LOS DOCUMENTOS

Artículo 31

Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá:

a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador.

b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se

encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;

c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 32

1. Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

2. El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.

3. El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información de que disponga que sea necesaria para contratar ese seguro.

Artículo 33

El vendedor deberá entregar las mercaderías:

a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o

b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o

c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Artículo 34

El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el

lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

SECCIÓN II. CONFORMIDAD DE LAS MERCADERÍAS Y PRETENSIONES DE TERCEROS

Artículo 35

1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 36

1. El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

2. El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado periodo, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.

Artículo 37

En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 38

1. El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.
2. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino.
3. Si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino.

Artículo 39

1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.
2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en

un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual.

Artículo 40

El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador.

Artículo 41

El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador conenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42.

Artículo 42

1. El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

- a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieran previsto o * en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o
- b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2. La obligación del vendedor en virtud del párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

- a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

* Esta o que está en la versión oficial, evidentemente sobra.

b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

Artículo 43

1. El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del artículo 41 o del artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.

2. El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza.

Artículo 44

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 39 y en el párrafo 1 del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

SECCIÓN III. DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL VENDEDOR

Artículo 45

1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

- a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52;
- b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2. El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3. Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.

Artículo 46

1. El comprador podrá exigir del vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

Artículo 47

1. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

2. El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 48

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

2. Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3. Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.

4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2 o al párrafo 3 de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

Artículo 49

1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.

2. No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega;

b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;

ii) después del vencimiento de plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o

iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2 del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

Artículo 50

Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.

Artículo 51

1. Si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.

2. El comprador podrá declarar la resolución del contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.

Artículo 52

1. Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción.

2. Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar el recibo de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.

CAPÍTULO III. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53

El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I. PAGO DEL PRECIO

Artículo 54

La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

Artículo 55

Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresan tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 56

Cuando el precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

Artículo 57

1. El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor:

- a) en el establecimiento del vendedor; o
- b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega.

2. El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

Artículo 58

1. El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El

vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos.

2. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio.

3. El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad.

Artículo 59

El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

SECCIÓN II. RECEPCIÓN

Artículo 60

La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

- a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y
- b) en hacerse cargo de las mercaderías.

SECCIÓN III. DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL COMPRADOR

Artículo 61

1. Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:

- a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 y 65;
- b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2. El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3. Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Artículo 62

El vendedor podrá exigir del comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

Artículo 63

1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.

2. El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 64

1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63, o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.

2. No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o

b) en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable;

- i) después que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o
- ii) después del vencimiento de plazo suplementario fijado por el deudor conforme al párrafo 1 del artículo 63, o después de que el comorador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 65

1. Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciera tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.

2. El vendedor, si hiciera la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciera uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

CAPÍTULO IV. TRANSMISIÓN DE RIESGO

Artículo 66

La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 67

1. Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá

al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2. Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 68

El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

Artículo 69

1. En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2. No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3. Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Artículo 70

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

CAPÍTULO V. DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

SECCIÓN I. INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS CON ENTREGAS SUCESIVAS

Artículo 71

1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

- a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o
- b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3. La parte que difiere el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

Artículo 72

1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de

nable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable de que cumplirá sus obligaciones.

3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Artículo 73

1. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.

3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

SECCIÓN II. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 74

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Artículo 75

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

Artículo 76

1. Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.

2. A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías.

Artículo 77

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

SECCIÓN III. INTERESES

Artículo 78

Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

SECCIÓN IV. EXONERACIÓN

Artículo 79

1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitas o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

- a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
- b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en media en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

SECCIÓN V. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Artículo 81

1. La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.

2. La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar de la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

Artículo 82

1. El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido.

2. El párrafo precedente no se aplicará:

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituir las en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o

c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal.

Artículo 83

El comprador que haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir del vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, conforme al artículo 82, conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la presente Convención.

Artículo 84

1. El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes, a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2. El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

- a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o
- b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido del vendedor la entrega de otras mercancías en sustitución de las recibidas.

SECCIÓN VI. CONSERVACIÓN DE LAS MERCADERÍAS

Artículo 85

Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

Artículo 86

1. El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas

que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

2. Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente.

Artículo 87

La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos.

Artículo 88

1. La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 u 86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender.

2. Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender.

3. La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte.

PARTE IV

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 89

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 90

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Artículo 91

1. La presente Convención estará abierta a la firma en la sesión de clausura de la Conferencia sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta el 30 de septiembre de 1981.

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estado signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 92

1. Todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención.

2. Todo Estado contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado contratante a los efectos

del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.

Artículo 93

1. Todo Estado contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención, podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración.

2. Esas declaraciones serán notificadas al depositario y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se aplique la Convención.

4. Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 94

1. Dos o más Estados contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

2. Todo Estado contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las de uno o varios Estados no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus estable-

cimientos en esos Estados.

3. Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo precedente llega a ser ulteriormente Estado contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1 desde la fecha en que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado contratante, siempre que el nuevo Estado contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco.

Artículo 95

Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1 de la presente Convención.

Artículo 96

El Estado contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

Artículo 97

1. Las declaraciones hechas conforme a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.
2. Las declaraciones y las confirmaciones de declaraciones se harán constar por escrito y se notificarán formalmente al depositario.
3. Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses conta-

dos desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario. Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al artículo 94 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la última declaración.

4. Todo Estado que haga una declaración conforme a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación formal hecha por escrito al depositario. Este retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

5. El retiro de una declaración hecha conforme al artículo 94 hará ineficaz, a partir de la fecha en que surta efecto el retiro, cualquier declaración de carácter recíproca hecha por otro Estado conforme a ese artículo.

Artículo 98

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 99

1. La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92.

2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

3. Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que sea parte en la Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1º de julio de 1964

(Convención de La Haya sobre la formación, de 1964) o en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1º de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la venta de 1964), o en ambas Convenciones, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, la Convención de La Haya sobre la venta (de 1964), la Convención de La Haya sobre la formación (de 1964) o ambas Convenciones, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

4. Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la venta (de 1964) que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención denunciará, en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la venta (de 1964) mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

5. Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la formación (de 1964) que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención, denunciará en el momento de la ratificación la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la formación (de 1964) mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

6. A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto de la presente Convención por Estados partes en la Convención de La Haya sobre la formación (de 1964) o en la Convención de La Haya sobre la venta (de 1964) no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer en su caso, respecto de estas dos últimas Convenciones haya surtido a su vez efecto. El depositario de la presente Convención consultará con el Gobierno de los Países Bajos, como depositario de las Convenciones de 1964, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto.

Artículo 100

1. La presente Convención se aplicará a la formación del contrato sólo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1, o respecto del Estado contratante a que se refiere el apartado b)

del párrafo 1 del artículo 1, o después de esa fecha.

2. La presente Convención se aplicará sólo a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente Convención respecto de los Estados contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1, o respecto del Estado contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, o después de esa

Artículo 101

1. Todo Estado contratante podrá denunciar la presente Convención, o su Parte II o su Parte III, mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

Hecha en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

En testimonio de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

2. CONVENCIÓN SOBRE REPRESENTACIÓN EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

Los Estados Partes en la presente Convención,

Deseando establecer disposiciones comunes respecto a la representación en la compraventa internacional de mercancías,

Teniendo en cuenta los objetivos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías,

Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo, constituye un importante elemento en el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados, teniendo en cuenta el Nuevo Orden Económico Internacional,

Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a la representación en la compraventa internacional de mercancías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y legales, contribuiría a la remoción de los obstáculos jurídicos en el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional,

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

1. Esta Convención se aplica cuando una persona, el agente, tiene poder o pretende tener poder para concluir, en favor de otra persona, el representado, un contrato de compraventa de mercancías con una tercera parte.

2. Rige no sólo la conclusión de tal contrato por el agente, sino que también cualquier acto efectuado por éste con el propósito de concluir tal contrato o en relación a su ejecución.

3. Se preocupa sólo de las relaciones entre, por un lado, el representado o el agente y, por otro lado, la tercera parte.

4. Se aplica independientemente del hecho que el agente actúe en su propio nombre o en el nombre del representado.

Artículo 2

1. Esta Convención se aplica sólo cuando el representado y la tercera parte tienen sus establecimientos en distintos Estados y:

a) el agente tiene su establecimiento en un Estado Contratante; o

b) Las reglas de derecho internacional privado indican la aplicación del derecho de un Estado Contratante.

2. Cuando, al momento de contratación, la tercera parte no sabía o no debía saber que el agente estaba actuando como representante, la Convención sólo se aplica si el agente y la tercera parte tenían sus establecimientos en Estados diferentes y los requisitos indicados en el párrafo 1 han sido satisfechos.

3. A los efectos de determinar la aplicación de esta Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato de compraventa.

Artículo 3

1. La presente Convención no se aplica a:

a) la representación de un intermediario que a título profesional efectúa operaciones en los mercados de valores o de productos;

b) la representación de un subastador;

c) la representación legal en materia de derecho de familia, derecho de propiedad matrimonial y derecho sucesorio;

d) la representación que deriva de autorización legal o judicial para actuar en nombre de una persona incapaz de actuar;

e) la representación en virtud de la decisión de una autoridad judicial o administrativa, o que se ejerce bajo el control directo de tal autoridad.

2. La presente Convención no afectará en ningún modo las disposiciones legales establecidas para la protección de los consumidores.

Artículo 4

Para los propósitos de esta Convención:

a) un órgano, empleado o miembro de una sociedad, asociación u otra entidad, dotada o no de personalidad jurídica, no se considerará como el agente de tal entidad en la medida en que, dentro del ejercicio

de sus funciones, actúe en virtud de un poder conferido por la ley o los documentos constitutivos de tal entidad;

b) con respecto a un fondo fiduciario, quien lo administre no será considerado representante ni del fondo, ni de la persona que instituyó el fondo, ni de los beneficiarios del mismo.

Artículo 5

El representado, o un agente que actúe bajo las expresas o implícitas instrucciones del representado, puede acordar con la tercera parte de excluir la aplicación de esta Convención o, sujeto a lo que se señala en el artículo 11, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

Artículo 6

1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 7

1. El representado o el agente, por un lado, y la tercera parte, por el otro, quedan obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre sí.

2. Salvo acuerdo en contrario, se considerará que tácitamente han hecho aplicable a sus relaciones cualquier uso que conocían o que debían haber conocido y que en comercio internacional es ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en relaciones de representación del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 8

Para los propósitos de esta Convención:

a) si la parte tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato de compraventa, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes al momento de contratar;

b) si una de las partes no tiene establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

CAPÍTULO II. ESTABLECIMIENTO Y ALCANCE DEL PODER DEL AGENTE

Artículo 9

1. El poder dado por el representado al agente puede ser expreso o tácito.

2. El agente tiene poder para ejecutar todos los actos que sean necesarios, según las circunstancias, para alcanzar los propósitos para los cuales fue dado el poder.

Artículo 10

La autorización no necesitará ser dada o probada por escrito ni estará sujeta a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

Artículo 11

No se aplicará ninguna disposición del artículo 10, del artículo 15 o del capítulo IV que permita efectuar un poder, una ratificación o una terminación de poder en una forma que no sea por escrito, en el caso que el representado o el agente tengan su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 27. Las partes no podrán establecer excepciones a este párrafo ni modificar sus efectos.

CAPÍTULO III. EFECTOS LEGALES DE ACTOS EJECUTADOS POR EL AGENTE

Artículo 12

Cuando un agente actúa en nombre de un representado dentro del alcance de su poder y la tercera parte conocía o debía conocer que el agente estaba actuando como representante, los actos del agente vincu-

larán directamente entre sí al representado y la tercera parte, salvo que se infiera de las circunstancias del caso, por ejemplo a través de una referencia a un contrato de comisión, que el agente se compromete a obligarse solamente a sí mismo.

Artículo 13

1. Cuando el agente actúa en nombre de un representante dentro del alcance de su poder, sus actos vincularán solamente al agente y la tercera parte, si:

a) la tercera parte no sabía ni debía saber que el agente estaba actuando como tal; o

b) se desprende de las circunstancias del caso, por ejemplo a través de una referencia a un contrato de comisión, que el agente se compromete a obligarse solamente a sí mismo.

2. Sin embargo:

a) cuando el agente, sea porque la tercera parte falla en el cumplimiento o por cualquier otra razón, deja de cumplir o no está en situación de cumplir sus obligaciones respecto al representado, el representado podrá ejercer contra la tercera parte los derechos adquiridos por el agente en nombre del representado, sujeto a cualquier excepción que la tercera parte pueda entablar contra el agente;

b) cuando el agente deja de cumplir o no está en situación de cumplir sus obligaciones respecto a la tercera parte, la tercera parte podrá ejercer contra el representado los derechos que la tercera parte posea respecto al agente, sujeto a cualquier excepción que el agente pueda entablar contra la tercera parte y que el representado pueda entablar contra el agente.

3. Los derechos indicados en el párrafo 2 sólo podrán ser ejercitados si se ha dado notificación de la intención de ejercerlos, al agente, la tercera parte o al representado, según sea el caso. Tan pronto como la tercera parte o el representado reciban tal notificación, no podrán librarse de sus obligaciones si tratan con el agente.

4. Cuando el agente deja de cumplir o no está en situación de cumplir sus obligaciones a la tercera parte debido a la falla en la ejecución del representado, el agente comunicará el nombre del representado a la tercera parte.

5. Cuando la tercera parte deja de cumplir sus obligaciones bajo el contrato al agente, el agente comunicará el nombre de la tercera parte al representado.

6. El representado no podrá ejercer contra la tercera parte los

derechos adquiridos en su nombre por el agente si se desprende de las circunstancias del caso que la tercera parte no hubiera celebrado el contrato si hubiera conocido la identidad del representado.

7. Un agente puede, de acuerdo con las instrucciones expresas o implícitas del representado, concordar con la tercera parte efectuar excepciones al párrafo 2 o modificar sus efectos.

Artículo 14

1. Cuando un agente actúa sin poder o fuera del alcance de su poder, su acto no vincula entre sí al representado y la tercera parte.

2. Sin embargo, cuando la conducta del representado conduce a la tercera parte a creer, razonablemente y de buena fe, que el agente tiene poder para actuar en nombre del representado y que el agente está actuando dentro del alcance de su poder, el representado no podrá invocar contra la tercera parte la falta de poder del agente.

Artículo 15

1. Un acto ejecutado por un agente que actúa sin poder o que actúa fuera del alcance de su poder, puede ser ratificado por el representado. Esta ratificación produce al acto los mismos efectos que si inicialmente hubiera sido ejecutado con poder.

2. Cuando, al momento del acto del agente, la tercera parte no sabía o no debía conocer la falta de poder, ésta no será responsable ante el representado si, en cualquier momento anterior a la ratificación, ella notifica su decisión de no quedar vinculada por una ratificación. Cuando el representado ratifica el acto, pero no lo hace dentro de un tiempo razonable, la tercera parte puede rehusar quedar vinculada por la ratificación si lo notifica prontamente al representado.

3. Cuando, sin embargo, la tercera parte sabía o debía saber la falta de poder del agente, la tercera parte no podrá rehusar quedar vinculada por una ratificación antes de la expiración del tiempo establecido para ratificar o, si éste no ha sido acordado, del tiempo razonable que la tercera parte especifique.

4. La tercera parte puede rehusar aceptar una ratificación parcial.

5. La ratificación producirá efecto al momento de ser notificada a la tercera parte o cuando ésta conoce la ratificación de cualquier otra forma. Una vez que la ratificación produce efectos, no puede ser revocada.

6. La ratificación produce efecto no obstante que el acto mismo no haya podido ser efectivamente ejecutado al tiempo de la ratificación.

7. Cuando el acto ha sido ejecutado en nombre de una persona jurídica que aún no está constituida, la ratificación produce efecto sólo si lo permite la ley del Estado que regula su formación.

8. La ratificación no requiere formalidades. Puede ser expresa o puede inferirse de la conducta del representado.

Artículo 16

1. Un agente que actúa sin poder o que actúa fuera del alcance de su poder, a falta de ratificación, será responsable de pagar a la tercera parte una compensación tal que ponga a ésta en la misma situación que tendría si el agente hubiera actuado con poder y dentro del límite de su poder.

2. Sin embargo, el agente no será responsable si la tercera parte sabía o debía saber que el agente no tenía poder o estaba actuando fuera del alcance de su poder.

CAPÍTULO IV. TERMINACIÓN DEL PODER DEL AGENTE

Artículo 17

El poder de un agente termina:

- a) cuando se desprende de cualquier acuerdo entre el representado y el agente;
- b) al finalizar la transacción o transacciones para las que el poder fue otorgado;
- c) al revocar el representado o renunciar el agente, independientemente si esto concuerda con los términos de su acuerdo.

Artículo 18

El poder de un agente también termina cuando así lo indica la ley aplicable.

Artículo 19

La terminación del poder no afectará la tercera parte, salvo que supiere o debiera saber la terminación o los hechos que la han causado.

Artículo 20

No obstante la terminación de su poder, el agente estará autorizado para ejecutar en nombre del representado o de sus sucesores los actos que sean necesarios para prevenir que ocurra daño a sus intereses.

CAPÍTULO V. DISPOSICIONES

Artículo 21

El Gobierno de Suiza queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 22

1. La presente Convención estará abierta a la firma de la sesión de clausura de la Conferencia Diplomática sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercancías y permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en Berna hasta el 31 de diciembre de 1984.

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Gobierno de Suiza.

Artículo 23

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado, o que se celebre, que contenga disposiciones de derecho sustantivo relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que el representado y la tercera parte o, en el caso referido en el artículo 2, párrafo 2, el agente y la tercera parte tengan sus establecimiento en Estados partes de ese acuerdo.

Artículo 24

1. Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que sean aplicables distintos sistemas jurídicos en

relación con las materias objeto de la presente Convención, podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración.

2. Esas declaraciones serán notificadas al depositario y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado Contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se aplique la Convención.

4. Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 25

Cuando un Estado Contratante tiene un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo están distribuidos entre autoridades centrales y otras autoridades dentro de ese Estado, su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de la presente Convención, o una declaración efectuada conforme al artículo 24, no tendrá ninguna consecuencia respecto a la distribución interna de poderes dentro de ese Estado.

Artículo 26

1. Dos o más Estados Contratantes que en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará cuando el representado y la tercera parte o, en el caso referido en el artículo 2, párrafo 2, el agente y la tercera parte, tienen sus establecimientos en dichos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

2. Todo Estado Contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las de uno o varios Estados no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará cuando el representado y la tercera parte o, en el caso referido en el artículo 2, párrafo 2, el agente y la tercera parte, tienen sus establecimientos en esos Estados.

3. Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo precedente llega a ser ulteriormente Estado Contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1 desde la fecha en que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado Contratante, siempre que el nuevo Estado Contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco.

Artículo 27

El Estado Contratante cuya legislación deja que el poder, ratificación o terminación del poder se celebren o se prueben por escrito, en todos los casos regidos por la presente Convención, podrá hacer en cualquier momento la declaración, de acuerdo con el artículo 11, respecto a que cualquier disposición del artículo 10, del artículo 15 o del capítulo IV que permite dar un poder, ratificar o terminar un poder por procedimiento que no sea por escrito se aplicará en el caso que el representado o el agente tengan sus establecimientos en ese Estado.

Artículo 28

Todo Estado Contratante podrá declarar al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el artículo 2, párrafo 1 b).

Artículo 29

Un Estado Contratante cuyo comercio exterior sea total o parcialmente llevado a cabo exclusivamente por organizaciones especialmente autorizadas, podrá en cualquier momento declarar que, en los casos en que estas organizaciones actúen como compradoras o vendedoras en el comercio exterior, todas estas organizaciones o aquellas organizaciones especificadas en tal declaración, no serán consideradas, para los propósitos del artículo 13, párrafos 2 b) y 4, como agentes en sus

relaciones con otras organizaciones que tengan sus establecimientos en el mismo Estado.

Artículo 30

1. Todo Estado Contratante podrá declarar en cualquier momento que aplicará las disposiciones de esta Convención a casos específicos que quedan fuera de su esfera de aplicación.

2. Tal declaración podrá proveer, por ejemplo, que la Convención se aplicará a:

- a) contratos que no sean de compraventa de mercancías;
- b) casos en que los establecimientos mencionados en el artículo 2, párrafo 1, no estén situados en los Estados Contratantes.

Artículo 31

1. Las declaraciones hechas conforme a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.

2. Las declaraciones y las confirmaciones de declaraciones se harán constar por escrito y se notificarán formalmente al depositario.

3. Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario. Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al artículo 26 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la última declaración.

4. Todo Estado que haga una declaración conforme a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación formal hecha por escrito al depositario. Este retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

5. El retiro de una declaración hecha conforme al artículo 26 hará ineficaz, a partir de la fecha en que surta efecto el retiro, cualquier declaración de carácter recíproco hecha por otro Estado conforme a ese artículo.

Artículo 32

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 33

1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 34

La presente Convención se aplica cuando el agente ofrece vender o comprar, o acepta una oferta de venta o compra, una vez que esta Convención entre en vigor en los Estados Contratantes referidos en el artículo 2, párrafo 1.

Artículo 35

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

En testimonio de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

Hecha en Ginebra el diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y tres, en un solo original, cuyos textos en francés e inglés son igualmente auténticos.

RESOLUCIÓN FINAL

Adoptada por la Conferencia Diplomática para la Adopción del Proyecto del Unidroit de la Convención sobre representación en la Compraventa Internacional de Mercancías

La Conferencia Diplomática para la adopción de una Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercancías celebrada en Ginebra entre el 31 de enero y el 17 de febrero de 1983,

Acuerda que la mayor elaboración de las reglas internacionales sobre relaciones entre representado y agente en la representación relativa a la compraventa internacional de mercancías, sería una contribución importante al desarrollo del comercio internacional,

Solicita al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que fue responsable de la preparación de la Convención adoptada y bajo cuyos auspicios esta Conferencia se celebró, que considere la posibilidad de elaborar normas a un nivel general o regional que rijan las relaciones entre representado y agente en la compraventa internacional de mercancías.

3. CONVENCIÓN SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que el comercio internacional constituye un factor importante para fomentar las relaciones amistosas entre los Estados,

Creyendo que la aprobación de normas uniformes que regulen el plazo de prescripción en la compraventa internacional de mercaderías facilitaría el desarrollo del comercio mundial,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1. La presente Convención determinará los casos en que los derechos y acciones que un comprador y un vendedor tengan entre sí derivados de un contrato de compraventa internacional de mercaderías o relativos a su incumplimiento, resolución o nulidad, no pueden ya ejercitarse a causa de la expiración de un periodo de tiempo. Ese periodo de tiempo se denominará en lo sucesivo "plazo de prescripción".

2. La presente Convención no afectará a los plazos dentro de los cuales una de las partes, como condición para adquirir o ejercitar su derecho, deba notificar a la otra o realizar cualquier acto que no sea el de iniciar un procedimiento.

3. En la presente Convención:

a) por "comprador", "vendedor" y "parte" se entenderá las personas que compren o vendan, o se obliguen a comprar o vender merca-

derías, y sus sucesores o causahabientes en los derechos y obligaciones originados por el contrato de compraventa;

b) por "acreedor" se entenderá la parte que trate de ejercitar un derecho independientemente de que éste se refiera o no a una cantidad de dinero;

c) por "deudor" se entenderá la parte contra la que el acreedor trate de ejercitar tal derecho;

d) por "incumplimiento del contrato" se entenderá toda violación de las obligaciones de una parte o cualquier cumplimiento que no fuere conforme al contrato;

e) por "procedimiento" se entenderá los procedimientos contenciosos judiciales, arbitrales y administrativos;

f) el término "persona" incluirá toda sociedad, asociación o entidad, privada o pública, que pueda demandar o ser demandada;

g) el término "escrito" abarcará los telegramas y télex;

h) por "año" se entenderá el año contado con arreglo al calendario gregoriano.

Artículo 2

A los efectos de la presente Convención:

a) se considerará que un contrato de compraventa de mercaderías es internacional cuando, al tiempo de su celebración, el comprador y el vendedor tengan sus establecimientos en Estados diferentes;

b) el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes no será tenido en cuenta cuando ello no resulte del contrato, ni de tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al celebrarlo;

c) cuando una de las partes en el contrato de compraventa tenga establecimientos en más de un Estado, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su ejecución, habida cuenta de circunstancias conocidas o previstas por las partes en el momento de la celebración del contrato;

d) cuando una de las partes no tenga establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual;

e) no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes, ni la calidad o el carácter civil o comercial de ellas o del contrato.

Artículo 3

1. La presente Convención sólo se aplicará cuando, en el momento de la celebración del contrato, los establecimientos de las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías estén situados en Estados contratantes.

2. Salvo disposición en contrario de la presente Convención, ésta se aplicará sin tomar en consideración la ley que sería aplicable en virtud de las reglas del derecho internacional privado.

3. La presente Convención no se aplicará cuando las partes hayan excluido expresamente su aplicación.

Artículo 4

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico;

b) en subastas;

c) en ejecución de sentencia u otras que se realicen por resolución legal;

d) de títulos de crédito, acciones emitidas por sociedades y dinero;

e) de buques, embarcaciones y aeronaves;

f) de electricidad.

Artículo 5

La presente Convención no se aplicará a las acciones fundadas en:

a) cualquier lesión corporal, o la muerte de una persona;

b) daños nucleares causados por las mercaderías vendidas;

c) privilegios, gravámenes o cualquier otra garantía;

d) sentencias o laudos dictados en procedimientos;

e) títulos que sean ejecutivos según la ley del lugar en que se solicite la ejecución;

f) letras de cambio, cheques o pagarés.

Artículo 6

1. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones del vendedor consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

2. Se asimilan a las compraventas los contratos que tengan por ob-

jeto el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que quien las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte esencial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción.

Artículo 7

En la interpretación y aplicación de las disposiciones de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su uniformidad.

DURACIÓN Y COMIENZO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Artículo 8

El plazo de prescripción será de cuatro años.

Artículo 9

1. Salvo las disposiciones de los artículos 10, 11 y 12, el plazo de prescripción comenzará en la fecha en que la acción pueda ser ejercida.

2. El comienzo del plazo de prescripción no se diferirá por causa de:

a) que una parte debe notificar a la otra en los términos del párrafo 2 del artículo 1, o

b) que cualquier cláusula de un comprobante de arbitraje establezca que no surgirá derecho alguno en tanto no se haya distado el laudo arbitral.

Artículo 10

1. La acción dimanada de un incumplimiento del contrato podrá ser ejercitada en la fecha en que se produzca tal incumplimiento.

2. La acción dimanada de un vicio u otra falta de conformidad de las mercaderías podrá ser ejercitada en la fecha en que éstas sean entregadas efectivamente al comprador o en la fecha en que el comprador rehúse el recibo de dichas mercaderías.

3. La acción basada en el dolo cometido antes o al momento de la celebración del contrato, o durante su cumplimiento podrá ser ejercida en la fecha en que el dolo fue o pudiera haber sido razonablemente descubierto.

Artículo 11

Si el vendedor ha dado, respecto de las mercaderías vendidas, una garantía expresa, válida durante cierto periodo caracterizado como un periodo de tiempo determinado o de cualquier otra manera, el plazo de prescripción de una acción fundada en la garantía comenzará a correr a partir de la fecha en que el comprador notifique al vendedor el hecho en que funde su reclamación. Tal fecha no podrá ser nunca posterior a la expiración del periodo de garantía.

Artículo 12

1. Cuando en los casos previstos por la ley aplicable al contrato, una parte tenga derecho a declararlo resuelto antes de la fecha en que corresponda su cumplimiento, y ejercite tal derecho, el plazo de prescripción correrá a partir de la fecha en que tal decisión sea comunicada a la otra parte. Si la resolución del contrato no fuese declarada antes de la fecha establecida para su cumplimiento, el plazo de prescripción correrá a partir de esta última.

2. El plazo de prescripción de toda acción basada en el incumplimiento, por una parte, de un contrato que establezca prestaciones o pagos escalonados correrá para cada una de las obligaciones sucesivas, a partir de la fecha en que se produzca el respectivo incumplimiento. Cuando de acuerdo con la ley aplicable al contrato, una parte se encuentre facultada para declarar la resolución del contrato en razón de tal incumplimiento, y ejercite su derecho, el plazo de prescripción de todas las obligaciones sucesivas correrá a partir de la fecha en la que la decisión sea comunicada a la otra parte.

CESACIÓN Y PRÓRROGA DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Artículo 13

El plazo de prescripción dejará de correr cuando el acreedor realice un acto que la ley del tribunal donde sea incoado el procedimiento considere como iniciación de un procedimiento judicial contra el deudor o como demanda entablada dentro de un proceso ya iniciado contra este último, con la intención del acreedor de solicitar la satisfacción o el reconocimiento de su derecho.

Artículo 14

1. Cuando las partes hayan convenido en someterse a arbitraje, el plazo de prescripción cesará de correr a partir de la fecha en la que una de ellas inicie el procedimiento arbitral según la forma prevista por el compromiso de arbitraje o por la ley aplicable a dicho procedimiento.

2. En ausencia de toda disposición al efecto, el procedimiento de arbitraje se considerará iniciado en la fecha en que el requerimiento de someter la controversia al arbitraje sea notificada en la residencia habitual o en el establecimiento de la otra parte, o en su defecto, en su última residencia o último establecimiento conocidos.

Artículo 15

En todo procedimiento que no sea de los previstos en los artículos 13 y 14, comprendidos los iniciados con motivo de:

- a) la muerte o incapacidad del deudor,
- b) la quiebra del deudor, o toda situación de insolvencia relativa a la totalidad de sus bienes, o
- c) la disolución o la liquidación de una sociedad, asociación o entidad, cuando ésta sea la deudora, el plazo de prescripción dejará de correr cuando el acreedor haga valer su derecho en tal procedimiento con el objeto de obtener su satisfacción o reconocimiento, con sujeción a la ley aplicable a dicho procedimiento.

Artículo 16

A los efectos de los artículos 13, 14 y 15, la reconvencción se considerará entablada en la misma fecha en que lo fue la demanda a la que se opone, siempre que tanto la demanda como la reconvencción se refieran al mismo contrato o varios contratos celebrados en el curso de la misma transacción.

Artículo 17

1. Cuando se haya iniciado un procedimiento con arreglo a lo establecido en los artículos 13, 14, 15 o 16 antes de la expiración del plazo de prescripción, se considerará que ésta ha seguido corriendo si el procedimiento termina sin que haya recaído una decisión sobre el fondo del asunto.

2. Cuando al término de dicho procedimiento, el plazo de prescripción ya hubiera expirado o faltara menos de un año para que expirase, el acreedor tendrá derecho a un plazo de un año contado a partir de la conclusión del procedimiento.

Artículo 18

1. El procedimiento iniciado contra al deudor hará que el plazo de prescripción previsto en esta Convención cese de correr con respecto al codeudor solidario siempre que el acreedor informe a este último por escrito, dentro de dicho plazo, de la iniciación del procedimiento.

2. Cuando el procedimiento sea iniciado por un adquirente contra el comprador, el plazo de prescripción previsto en esta Convención cesará de correr en cuanto a las acciones que correspondan al comprador contra el vendedor, a condición de que aquél informe por escrito a éste, dentro de dicho plazo, de la iniciación del procedimiento.

3. Cuando haya concluido el procedimiento mencionado en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, se considerará que el plazo de prescripción respecto de la acción del acreedor o del comprador contra el codeudor solidario o contra el vendedor no ha dejado de correr en virtud de los párrafos 1 y 2 del presente artículo, pero el acreedor o el comprador tendrán derecho a un año suplementario contado a partir de la fecha de la terminación del procedimiento, si para esa fecha el plazo de prescripción hubiese expirado o faltase menos de un año para su expiración.

Artículo 19

1. Cuando el acreedor realice en el Estado en que el deudor tenga su establecimiento y antes de que concluya el plazo de prescripción, cualquier acto, que no sea de los previstos en los artículos 13, 14, 15 y 16 que, según la ley de dicho Estado, tenga el efecto de reanudar el plazo de prescripción, un nuevo plazo de cuatro años comenzará a correr a partir de la fecha establecida por dicha ley.

Artículo 20

1. Si antes de la expiración del plazo de prescripción el deudor reconoce por escrito su obligación respecto del acreedor un nuevo plazo de cuatro años comenzará a correr a partir de tal reconocimiento.

2. El pago de intereses o el cumplimiento parcial de una obligación

por el deudor tendrá el mismo efecto que el reconocimiento a que se refiere el párrafo precedente, siempre que razonablemente pueda deducirse de dicho pago o cumplimiento que el deudor ha reconocido su obligación.

Artículo 21

Cuando, en virtud de circunstancias que no le sean imputables y que no pudiera evitar ni superar, el acreedor se encontrase en la imposibilidad de hacer cesar el curso de la prescripción, el plazo se prolongará un año contado desde el momento en que tales circunstancias dejaren de existir.

MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN POR LAS PARTES

Artículo 22

1. El plazo de prescripción no podrá ser modificado ni afectado por ninguna declaración o acuerdo entre las partes, a excepción de los casos previstos en el párrafo 2 del presente artículo.

2. El deudor podrá, en cualquier momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogarlo mediante declaración por escrito hecha al acreedor. Dicha declaración podrá ser reiterada.

3. Las disposiciones del presente artículo no afectarán a la validez de las cláusulas del contrato de compraventa en que se estipule, para iniciar el procedimiento arbitral, un plazo de prescripción menor que el que se establece en la presente Convención, siempre que dichas cláusulas sean válidas con arreglo a la ley aplicable al contrato de compraventa.

LÍMITE GENERAL DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Artículo 23

No obstante lo dispuesto en la presente Convención, el plazo de prescripción en todo caso expirará a más tardar transcurridos diez años contados a partir de la fecha en que comience a correr con arreglo a los artículos 9, 10, 11 y 12 de la presente Convención.

EFFECTOS DE LA EXPIRACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Artículo 24

La expiración del plazo de prescripción en cualquier procedimiento sólo será tenida en cuenta si es invocada por una de las partes en ese procedimiento.

Artículo 25

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo y en el artículo 24, no se reconocerá ni surtirá efecto en procedimiento alguno ninguna acción que se haya iniciado con posterioridad a la expiración del plazo de prescripción.

2. No obstante la expiración del plazo de prescripción, una de las partes podrá invocar su derecho y oponerlo a la otra parte como excepción, o compensación, a condición de que en este último caso:

a) los dos créditos tengan su origen en el mismo contrato o en varios contratos concertados en el curso de la misma transacción, o

b) los derechos hubieran podido ser compensados en cualquier momento antes de la expiración del plazo de prescripción.

Artículo 26

Cuando el deudor cumpla su obligación después de la extinción del plazo de prescripción no tendrá derecho por ese motivo a pedir restitución, aunque en la fecha en que hubiera cumplido su obligación ignorase que el plazo había expirado.

Artículo 27

La expiración del plazo de prescripción en relación con la deuda principal operará el mismo efecto respecto de la obligación de pagar los intereses que a ella correspondan.

CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Artículo 28

1. El plazo de prescripción será computado de tal manera que concluya en la medianoche del día que corresponda a la fecha en que

comenzó su curso. En caso de que no haya tal fecha, expirará en la medianoche del último día del último mes del plazo de prescripción.

2. El plazo de prescripción se computará con referencia a la fecha en el lugar donde se inicie el procedimiento.

Artículo 29

Si el último día del plazo de prescripción fuera feriado o inhábil para actuaciones judiciales, que impidiera la iniciación del procedimiento judicial en la jurisdicción en que el acreedor inicie dicho procedimiento o proteja su derecho tal como lo prevén los artículos 13, 14 o 15, el plazo de prescripción se prolongará al primer día hábil siguiente.

EFFECTOS INTERNACIONALES

Artículo 30

Los actos y circunstancias comprendidos en los artículos 13 a 19, que ocurran en un Estado contratante surtirán efectos, para los fines de la presente Convención, en otro Estado contratante, a condición de que el acreedor haya adoptado todas las medidas razonables para que el deudor se encuentre informado de tales actos o circunstancias lo antes posible.

PARTE II

APLICACIÓN

Artículo 31

1. Todo Estado contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención, podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas, y podrá rectificar su declaración en cualquier momento mediante otra declaración.

2. Esas declaraciones serán notificadas al Secretario General de las Naciones Unidas, y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3. Si el Estado contratante mencionado en el párrafo 1 del presente artículo no hace ninguna declaración en el momento de la firma la ratificación o la adhesión, la Convención surtirá efectos en todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 32

Cuando en la presente Convención se haga referencia a la ley de un Estado en el que rijan diferentes sistemas jurídicos, se entenderá que se trata de la ley del sistema jurídico particular que corresponda.

Artículo 33

Cada Estado contratante aplicará las disposiciones de la presente Convención a los contratos que se celebren en la fecha de entrada en vigor de esta Convención y posteriormente.

PARTE III

DECLARACIONES Y RESERVAS

Artículo 34

Dos o más Estados contratantes podrán declarar en cualquier momento que todo contrato de compraventa entre un vendedor con establecimiento en uno de ellos y un comprador con establecimiento en otro de ellos, no se regirá por la presente Convención, porque, respecto de las materias que la misma regula, aplican disposiciones jurídicas idénticas o semejantes.

Artículo 35

Los Estados contratantes podrán declarar, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, que no aplicarán las disposiciones de la presente Convención a las acciones de nulidad.

Artículo 36

Todo Estado podrá declarar, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, que no se considerará obligado

a aplicar las disposiciones del artículo 24 de la presente Convención.

Artículo 37

La presente Convención no deroga las convenciones ya celebradas, ni afectará la vigencia de las que pudieren celebrarse en el futuro, que contengan disposiciones relativas a las materias objeto de la Convención, a condición de que el vendedor y el comprador tengan sus establecimientos en Estados que sean parte en una de dichas convenciones.

Artículo 38

1. Todo Estado contratante que sea parte en una convención ya existente relativa a la compraventa internacional de mercaderías podrá declarar, en el momento de efectuar el depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, que aplicará la presente Convención exclusivamente a los contratos de compraventa internacional de mercaderías definidos en esa convención ya existente.

2. Esa declaración dejará de surtir efecto el primer día del mes que siga a la fecha de expiración de un plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de una nueva convención sobre la compraventa internacional de mercaderías concertada bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

Artículo 39

No se permitirá ninguna reserva, salvo las que se hagan de conformidad con los artículos 34, 35, 36 y 38.

Artículo 40

1. Las declaraciones hechas con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención deberán dirigirse al Secretario General de las Naciones Unidas y empezarán a surtir efecto en el mismo momento en que entre en vigor la Convención respecto al Estado interesado. Estas últimas empezarán a surtir efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del periodo de seis meses subsiguiente a la fecha en que el Secretario General haya recibido las declaraciones.

2. Todo Estado que haya hecho una declaración con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante el envío de una notificación al Secretario General de

las Naciones Unidas. Este retiro empezará a surtir efecto en el primer día del mes siguiente a la expiración del periodo de seis meses subsiguiente a la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación. En caso de que la declaración se haya hecho de conformidad con el artículo 34 de la presente Convención, el retiro hará inoperante, a partir de la fecha en que empiece a surtir efecto, cualquier declaración recíproca que haga otro Estado con arreglo a lo dispuesto en dicho artículo.

PARTE IV

CLÁUSULAS FINALES

Artículo 41

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados hasta el 31 de diciembre de 1975, en la Sede de las Naciones Unidas.

Artículo 42

La presente Convención estará sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 43

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 44

1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes que siga a la fecha de expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se haya depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes que siga a la fecha de expiración de un plazo de seis meses a

partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 45

1. Cualquier Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación al efecto al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La denuncia comenzará a surtir efecto el primer día del mes que siga a la fecha de expiración de un plazo de doce meses después del recibo de la notificación por el Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 46

El original de la presente Convención, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

PROTOCOLO POR EL QUE SE ENMIENDA LA
CONVENCIÓN SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA
DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL
DE MERCADERÍAS

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que el comercio internacional constituye un factor importante para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados.

Estimando que la adopción de normas uniformes que regulen el plazo de prescripción en la compraventa internacional de mercaderías facilitaría el desarrollo del comercio mundial.

Considerando que la enmienda de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, celebrada en Nueva York el 14 de junio de 1974 (Convención sobre la prescripción de 1974), para armonizarla con la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, celebrada en Viena el 11 de abril de 1980 (Convención sobre la compraventa, de 1980), facilitaría la adopción de las normas uniformes que regulan el plazo de prescripción enunciadas en la Convención sobre la prescripción, de 1974,

Han convenido en enmendar la Convención sobre la prescripción, de 1974, de la manera siguiente:

Artículo I

1) Se sustituye el párrafo 1) del artículo 3 por la disposición siguiente:

"1. La presente Convención sólo se aplicará:

"a) cuando, en el momento de la celebración del contrato, los establecimientos de las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías estén situados en Estados Contratantes; o

"b) cuando, en virtud de las normas del derecho internacional privado, la ley de un Estado Contratante sea aplicable al contrato de compraventa."

- 2) Se suprime el párrafo 2) del artículo 3.
- 3) El párrafo 3) del artículo 3 pasa a ser el párrafo 2).

Artículo II

1) Se suprime el apartado a) del artículo 4 y se sustituye por la disposición siguiente:

"a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;"

2) Se suprime el apartado e) del artículo 4 y se sustituye por la disposición siguiente:

"e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves."

Artículo III

Se añade un nuevo párrafo 4) al artículo 31 con el texto siguiente:

"4. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado Contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes en el contrato está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en unidad territorial a la que se aplique la Convención."

Artículo IV

Se suprimen las disposiciones del artículo 34 y se sustituyen por las siguientes:

"1. Dos o más Estados Contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa

internacional de mercaderías cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

- "2. Todo Estado Contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las de uno o varios Estados no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa internacional de mercaderías cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados.
- "3. Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo 2) de este artículo llega a ser ulteriormente Estado Contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1) desde la fecha en que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado Contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco."

Artículo V

Se suprimen las disposiciones del artículo 37 y se sustituyen por las siguientes:

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Artículo VI

Al final del párrafo 1) del artículo 40, se añade la disposición siguiente:

Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al artículo 34 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la última declaración.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo VII

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario del presente Protocolo.

Artículo VIII

- 1) El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados.
- 2) La adhesión al presente Protocolo de cualquier Estado que no sea Parte Contratante en la Convención sobre la prescripción, de 1974, surtirá el efecto de una adhesión a esa Convención enmendada por el presente Protocolo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo XI.
- 3) Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder el Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo IX

- 1) El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de adhesión, siempre que en esa fecha:
 - a) la propia Convención sobre la prescripción, de 1974, esté en vigor; y
 - b) la Convención sobre la compraventa, de 1980, también esté en vigor.

Si esas dos Convenciones no estuvieren en vigor en esa fecha, el presente Protocolo entrará en vigor el primer día en que ambas Convenciones estén en vigor.

- 2) Para cada Estado que se adhiera al presente Protocolo después de que se haya depositado el segundo instrumento de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que haya depositado su instrumento de adhesión, si en esa fecha el Protocolo mismo estuviere en vigor. Si en esa fecha el Protocolo mismo no estuviere aún en vigor para ese Estado en la fecha en que el Protocolo mismo entre en vigor.

Artículo X

Si un Estado ratifica la Convención sobre la prescripción, de 1974, o se adhiere a ella, después de la entrada en vigor del presente Protocolo, la ratificación o la adhesión también constituirán adhesión al presente Protocolo si el Estado lo notifica al depositario.

Artículo XI

Todo Estado que llegue a ser Parte Contratante en la Convención sobre la prescripción, de 1974, enmendada por el presente Protocolo, en virtud de los artículos VIII, IX o X del presente Protocolo será considerado también, salvo notificación en contrario al depositario, Parte Contratante en la Convención, no enmendada, respecto de cualquier Parte Contratante en la Convención que no sea aún Parte Contratante en el presente Protocolo.

Artículo XII

Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de adhesión o de su notificación conforme al artículo X que no quedará obligado por el artículo I del Protocolo. Toda declaración hecha conforme a este artículo se hará constar por escrito y se notificará formalmente al depositario.

Artículo XIII

- 1) Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Protocolo mediante notificación al efecto al depositario.
- 2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.
- 3) Todo Estado Contratante respecto del cual el presente Protocolo deje de surtir efecto en aplicación de los párrafos 1) y 2) de este artículo seguirá siendo Parte Contratante en la Convención sobre la prescripción, de 1974, no enmendada, conforme al artículo 45 de esa Convención.

Artículo XIV

1) El depositario transmitirá copias certificadas conformes del presente Protocolo a todos los Estados.

2) Al entrar en vigor el presente Protocolo conforme al artículo IX, el depositario preparará un texto de la Convención sobre la prescripción, de 1974, enmendada por el presente Protocolo, y transmitirá copias certificadas conformes a todos los Estados Partes en esa Convención, enmendada por el presente Protocolo.

HECHO en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

4. CONVENCIÓN RELATIVA A UNA LEY UNIFORME SOBRE LA FORMACIÓN DE CONTRATOS PARA LA VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Los Países firmantes de la presente Convención,

Deseando establecer una Ley uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías,

Han resuelto celebrar una Convención a este respecto y han convenido sobre las siguientes estipulaciones.

Artículo I

1. Cada país contratante asume la obligación de incorporar a su propia legislación, de acuerdo con sus procedimientos constitucionales, no después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención en relación con el país de que se trate, la Ley uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (que en adelante se denomina la «Ley uniforme»), que forma el Anexo I de la presente Convención.

2. Cada país contratante puede incorporar la Ley uniforme a su propia legislación, ya sea uno de los textos auténticos o en una traducción a su propia lengua o lenguas.

3. Cada país contratante, que también lo sea de la Convención fechada en 1º de julio de 1964, relativa a una Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, deberá incorporar a su legislación los artículos que se indican en el Anexo II de la presente Convención en lugar de los artículos 1 a 4 que se establecen en el Anexo I de la presente Convención.

4. Cada país contratante comunicará al Gobierno de los Países Bajos los textos que haya incorporado a su legislación para cumplir con la presente Convención.

Artículo II

1. Dos o más países contratantes pueden declarar que convienen en no considerarse como países diferentes para los efectos de los requisitos del establecimiento o de la residencia habitual que se mencionan en los incisos 1 y 2 del artículo I de la Ley uniforme, porque apliquen a la formación de contratos de venta —que en ausencia de tal declaración estarían regulados por la Ley uniforme— las mismas o muy semejantes disposiciones legales.

2. Cualquier país contratante puede declarar que no considera uno o más de los países no contratantes, como países diferentes de sí mismo, para los efectos de los requisitos de la Ley uniforme que se indican en el inciso I de este artículo, porque dichos países apliquen a la formación de contratos de venta —que en ausencia de tal declaración estarían regulados por la Ley uniforme— disposiciones legales que sean iguales o muy semejantes a las propias.

3. Si un país que sea objeto de una declaración hecha en los términos del inciso 2 de este artículo, posteriormente ratifica o se adhiere a la presente Convención, su declaración subsistirá en vigor a menos que el país ratificante o adherente declare que no puede aceptarla.

4. Las declaraciones previstas en los incisos 1, 2 y 3 de este artículo, pueden hacerse por el país interesado al tiempo de depositar su instrumento de ratificación o de adhesión de la presente Convención, o en cualquier tiempo posterior, y se dirijan al Gobierno de los Países Bajos. Dichas declaraciones entrarán en vigor tres meses después de la fecha de su recibo por el Gobierno de los Países Bajos, o bien, si al terminar este periodo la presente Convención no ha entrado en vigor respecto al país de que se trate, a la fecha de dicha entrada en vigor.

Artículo III

Por medio de derogación del artículo I de la Ley uniforme, cualquier país puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la presente Convención, declarar por medio de una notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos, que aplicará la Ley uniforme sólo en el caso de que cada una de las partes del contrato de venta tenga su establecimiento, o en ausencia de éste su residencia habitual, en el territorio de un país contratante distinto; y, en consecuencia, puede incluir la palabra "contratantes" antes de la

palabra "países", al indicarse esta última palabra en el inciso 1 del artículo I de la Ley uniforme.

Artículo IV

1. Cualquier país que haya ratificado o se haya adherido previamente a una o más Convenciones sobre conflictos de leyes respecto a la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la presente Convención, declarar por medio de una notificación que dirija al Gobierno de los Países Bajos que aplicará la Ley uniforme en aquellos casos regulados por una de esas Convenciones previas, solamente si esa Convención requiere la aplicación de la Ley uniforme.

2. Cualquier país que haga una declaración en los términos del inciso 1 de este artículo informará al Gobierno de los Países Bajos acerca de la Convención o de las Convenciones, a que se refiera dicha declaración.

Artículo V

Cualquier país que haya hecho una declaración en los términos de los incisos 1 o 2 de los artículos II, III o IV de la presente Convención, puede retirarla en cualquier tiempo por medio de notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos. Tal retiro tendrá efectos tres meses después de la fecha del recibo de la notificación por el Gobierno de los Países Bajos y, en el caso de que se haga una declaración en los términos del inciso 1 del artículo II también carecerá de valor cualquier declaración recíproca que haga otro país a partir de la fecha en que el retiro surta efectos.

Artículo VI

1. La presente Convención estará abierta para la ratificación hasta el 31 de diciembre de 1965 por los países representados en la Conferencia de La Haya de 1964 sobre la Unificación del Derecho que regula la Venta Internacional de Mercaderías.

2. La presente Convención será ratificada.

3. Los instrumentos de ratificación se depositarán con el Gobierno de los Países Bajos.

Artículo VII

1. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los países miembros de las Naciones Unidas o de cualquiera de sus agencias especializadas.

2. Los instrumentos de adhesión se depositarán con el Gobierno de los Países Bajos.

Artículo VIII

1. La presente Convención entrará en vigor seis meses después de la fecha del depósito del quinto instrumento de ratificación o adhesión.

2. Respecto a un país que ratifique o se adhiera a la presente Convención con posterioridad al depósito del quinto instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor seis meses después de la fecha del depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión.

Artículo IX

Cada país contratante aplicará las disposiciones de su legislación en adición a los de la presente Convención respecto a ofertas, respuestas y aceptaciones a los que la Ley uniforme se aplique y que se celebren en la fecha o con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención respecto al país de que se trate.

Artículo X

1. Cualquier país contratante puede denunciar la presente Convención mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

2. La denuncia tendrá efectos doce meses después del recibo de la notificación por el Gobierno de los Países Bajos.

Artículo XI

1. Cualquier país puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier tiempo ulterior, declarar por medio de una notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos,

que la presente Convención será aplicable a todos o a una parte de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable. Tal declaración tendrá lugar seis meses después de la fecha del recibo de la notificación por el Gobierno de los Países Bajos, o si al terminar este periodo la Convención aún no ha entrado en vigor, a partir de la fecha de su entrada en vigor.

2. Cualquier país contratante que hubiera hecho una declaración en los términos del inciso 1 de este artículo, de acuerdo con el artículo X, puede denunciar la Convención respecto a la totalidad o a una parte de los territorios en cuestión.

Artículo XII

1. Después de que la presente Convención haya estado en vigor durante tres años cualquier país contratante puede, mediante notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos, solicitar la celebración de una Conferencia para los efectos de revisión de la Convención o sus anexos. La notificación de esta solicitud se hará a todos los países contratantes por el Gobierno de los Países Bajos, el cual convocará a una conferencia para los efectos de tal revisión si dentro de un periodo de seis meses a partir de la fecha de la notificación, cuando menos una cuarta parte de los países contratantes notifica a dicho Gobierno su conformidad con lo solicitado.

2. Los países invitados a la Conferencia, que no sean países contratantes, tendrán el *status* de observadores, a menos que los países contratantes decidan otra cosa en la Conferencia por mayoría de votos. Los observadores tendrán todos los derechos de participación, pero no el de voto.

3. El Gobierno de los Países Bajos solicitará de todos los países invitados a la Conferencia el someter las proposiciones que deseen que la Conferencia examine. El Gobierno de los Países Bajos notificará a todos los países invitados la Agenda provisional de la Conferencia y los textos de todas las proposiciones que hayan sido sometidas.

4. El Gobierno de los Países Bajos comunicará al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado las proposiciones que se refieran a revisión y que se le sometan de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3 de este artículo.

Artículo XIII

El Gobierno de los Países Bajos notificará a los países signatarios y adherentes y al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado:

- a) Las comunicaciones que reciba de acuerdo con el inciso 4 del artículo 1.
- b) Las declaraciones y notificaciones que se hagan de acuerdo con los artículos II, III, IV y V.
- c) Las ratificaciones y adhesiones depositadas de acuerdo con los artículos VI y VII.
- d) Las fechas en que esta Convención entre en vigor de acuerdo con el artículo VIII.
- e) Las denuncias que se reciban de acuerdo con el artículo X.
- f) Las notificaciones que se reciban de acuerdo con el artículo XI.

En testimonio de lo anterior, los suscritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

Celebrada en La Haya el primer día del mes de julio de 1964, en los idiomas francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El original de la presente Convención se depositará con el Gobierno de los Países Bajos, el que proveerá de copias certificadas a cada uno de los países signatarios y adherentes y al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

ANEXO I

LEY UNIFORME SOBRE LA FORMACIÓN DE CONTRATOS
PARA LA VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*Artículo 1*

1. La presente Ley se aplicará a la formación de contratos de venta de mercaderías celebrados por partes cuyos establecimientos estén situados en territorios de países diferentes en cada uno de los siguientes casos:

- a) Cuando la oferta o la respuesta se refieran a mercaderías que estén en curso de viaje o que fueran transportadas del territorio de un país al territorio de otro.
- b) Cuando los actos que constituyen la oferta y la aceptación tengan lugar en territorios de diferentes países.

c) Cuando la entrega de mercaderías se haga en el territorio de un país distinto de aquel en cuyo territorio tuvieron lugar los actos que constituyen la oferta y la aceptación.

2. Cuando una parte no tenga un establecimiento se hará referencia a su residencia habitual.

3. La aplicación de la presente Ley no dependerá de la nacionalidad de las partes.

4. Se considerará que la oferta y la aceptación tienen lugar en el territorio del mismo país sólo en el caso de que las cartas, telegramas u otras comunicaciones que las contengan se envíen y reciban dentro de tal país.

5. Para los efectos de determinar si las partes tienen su establecimiento o su residencia habitual en "países diferentes" cualesquiera —dos o más países— no se considerarán ser "países diferentes" si una declaración válida al respecto que se haga en los términos del artículo II de la Convención fechada el 1º de julio de 1964 y relativa a una Ley uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías está en vigor respecto a ellos.

6. La presente Ley no se aplicará a la formación de contratos de venta:

- a) De acciones, valores de inversión, títulos de crédito o moneda.
- b) De buques, embarcaciones o aeronaves que en el presente o en el futuro estén sujetas a registro.
- c) De electricidad.
- d) De ventas judiciales.

7. Los contratos para el suministro de mercancías que habrán de ser manufacturadas o producidas se considerarán como ventas dentro del concepto de la presente Ley, a menos que la parte que ordene las mercaderías asuma la obligación de proveer una parte esencial y sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción.

8. La presente Ley se aplicará independientemente del carácter civil o comercial de las partes o de los contratos que celebren.

9. Las reglas de Derecho internacional privado se excluirán para los efectos de la aplicación de la presente Ley, salvo cualquier disposición en contrario de ella.

Artículo 2

1. Las estipulaciones de los siguientes artículos se aplicarán salvo que de las negociaciones preliminares, de la oferta, de la respuesta,

de las prácticas que las partes hayan establecido entre sí, o de los usos, aparezca que deben aplicarse otras disposiciones.

2. Sin embargo, una estipulación de la oferta que establezca que el silencio equivaldrá a la aceptación, carece de valor.

Artículo 3

Una oferta o una aceptación no necesita formularse por escrito y no estará sujeta a ningún otro requisito formal. En particular, ellas pueden ser probadas por testigos.

Artículo 4

1. La comunicación que una persona dirija a una o más personas determinadas con el objeto de celebrar un contrato de venta, no constituirá una oferta a menos que esté suficientemente definida para permitir la celebración del contrato por medio de aceptación, e indique la intención del oferente de quedar obligado.

2. Esta comunicación puede ser interpretada refiriéndola o complementándola con las negociaciones preliminares, con las prácticas que las partes hayan establecido entre sí, con los usos y con cualquier disposición legal aplicable a los contratos de venta.

Artículo 5

1. La oferta no obligará al oferente hasta que haya sido comunicada al destinatario; se interrumpirá si su cancelación se comunica al destinatario con anterioridad o al mismo tiempo que la oferta.

2. Después de que una oferta haya sido comunicada al destinatario puede revocarse a menos que la revocación no se haga de buena fe o de acuerdo con prácticas comerciales justas, o que la oferta establezca un término fijo para la aceptación, o que indique de cualquier manera que es firme o irrevocable.

3. Una indicación de que la oferta es firme o irrevocable puede ser expresa o resultar implícitamente de las circunstancias, de las negociaciones preliminares, de cualquier práctica que las partes hayan establecido entre sí, o de los usos.

4. La revocación de una oferta sólo tendrá lugar si ha sido comunicada al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación o haya hecho cualquier acto que se reputa como aceptación en los términos del inciso 2 del artículo 6.

Artículo 6

1. La aceptación de una oferta consiste en una declaración comunicada por cualquier medio al oferente.

2. La aceptación también puede consistir en el envío de las mercaderías o del precio, o de otro acto que pueda considerarse equivalente a la declaración que se indica en el inciso 1 de este artículo, ya sea en virtud de la oferta o como resultado de prácticas que las partes hayan establecido entre sí, o de los usos.

Artículo 7

1. Una aceptación que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2. Sin embargo, una respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación, pero que contenga términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los términos de la oferta, constituirá una aceptación a menos que el oferente inmediatamente objete la discrepancia; si no lo hiciera así, los términos del contrato serán los términos de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Artículo 8

1. Una declaración de aceptación de una oferta sólo tendrá efecto si se comunica al oferente dentro del término que él haya fijado o bien, si no se hubiere fijado término, dentro de un plazo razonable, debiendo considerarse debidamente los usos y las circunstancias de la transacción, incluyendo la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. En caso de una oferta verbal, la aceptación será inmediata si las circunstancias no indican que el destinatario habrá de tener tiempo para decidir.

2. Si en carta o telegrama se fija al oferente un plazo para la aceptación, éste empezará a correr a partir de la fecha de la carta o de la hora del día que el telegrama fue entregado para su despacho.

3. Si una aceptación consiste en uno de los actos que se indican en el inciso 2 del artículo 6, tal acto sólo tendrá efectos si se realiza dentro del periodo que establece el inciso 1 del presente artículo.

Artículo 9

1. Si la aceptación es tardía, el oferente puede considerar que se ha recibido en tiempo debido, con la condición de que le informe inmediatamente al aceptante ya sea en forma oral o mediante envío de una notificación.

2. Sin embargo, si la aceptación se comunica con demora, se considera haberse comunicado en tiempo debido, si la carta o documento que la contenga indica que ha sido enviada en tales circunstancias que si su transmisión hubiera sido normal se hubiera comunicado en el plazo debido; esta estipulación no se aplicará si el oferente hubiera informado inmediatamente al aceptante, ya sea oralmente o con el envío de una notificación, que considera que su oferta se ha declinado.

Artículo 10

Una aceptación no puede ser revocada salvo mediante revocación que sea comunicada al oferente con anterioridad o al tiempo de la aceptación.

Artículo 11

La formación del contrato no se afecta por la muerte de una de las partes o por devenir incapaz de contratar con anterioridad a la aceptación, salvo que lo contrario resulte de la intención de las partes, de los usos o de la naturaleza de la transacción.

Artículo 12

1. Para los efectos de la presente Ley, la expresión "ser comunicada" significa ser entregada a la dirección de la persona a quien la comunicación se dirige.

2. Las comunicaciones previstas por la Presente Ley se harán por los medios que sean usuales en las circunstancias.

Artículo 13

1. Por usos se entiende cualquier práctica o método comercial que personas razonables, colocadas en la misma situación que las partes, consideren normalmente ser aplicables a su contrato.

2. Cuando se emplean expresiones, estipulaciones o formas de contrato que sean usadas comúnmente en las prácticas comerciales, ellas serán interpretadas de acuerdo con el sentido normal que se les dé en el ámbito comercial respectivo.

5. CONVENCIÓN RELATIVA A UNA LEY UNIFORME SOBRE LA VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Artículo I

1. Cada País Contratante asume la obligación de incorporar a su propia legislación, de acuerdo con sus procedimientos constitucionales, no después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención en relación con el Estado de que se trate, la Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (que en adelante se denomina la "Ley uniforme"), que forma el anexo de la presente Convención.

2. Cada País Contratante puede incorporar la Ley uniforme a su propia legislación, ya sea en uno de los textos auténticos o en una traducción a su propia lengua o lenguas.

3. Cada País Contratante comunicará al Gobierno de los Países Bajos los textos que haya incorporado a su legislación para cumplir con la presente Convención.

Artículo II

1. Dos o más Países Contratantes pueden declarar que convienen en no considerarse entre sí como países diferentes, para los efectos de los requisitos relativos al establecimiento o residencia mencionados en los incisos 1 y 2 del artículo I de la Ley uniforme, en tanto que apliquen a las ventas que en ausencia de tal declaración estarían reguladas por la Ley uniforme, disposiciones legales idénticas o muy semejantes.

2. Cualquier País Contratante puede declarar que no considera uno o más de los Países Contratantes, como países diferentes de sí mismo, para los efectos de los requisitos de la Ley uniforme que se indican en el inciso 1 de este artículo, porque dichos Estados apliquen a ventas que en ausencia de tal declaración estarían reguladas por la

Ley uniforme, disposiciones legales que sean iguales o muy semejantes a las propias.

3. Si un país que sea objeto de una declaración hecha en los términos del inciso 2 de este artículo, posteriormente ratifica o se adhiere a la presente Convención, su declaración subsistirá en vigor a menos que el país ratificante o adherente declare que no puede aceptarla.

4. Las declaraciones previstas en los incisos 1, 2 y 3 de este artículo pueden hacerse por los países interesados al tiempo de depositar sus instrumentos de ratificación o de adhesión de la presente Convención, o en cualquier tiempo posterior, y se dirigirán al Gobierno de los Países Bajos. Dichas declaraciones entrarán en vigor tres meses después de la fecha de su recibo por el Gobierno de los Países Bajos, o bien, si al terminar este periodo la presente Convención no ha entrado en vigor respecto al País de que se trate, a la fecha de dicha entrada en vigor.

Artículo III

Por medio de derogación del artículo I de la Ley uniforme, cualquier País puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la presente Convención, declarar por medio de una notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos, que aplicará la Ley uniforme sólo en el caso de que cada una de las partes del contrato de venta tenga su establecimiento, o en ausencia de éste su residencia habitual, en el territorio de un País Contratante distinto; y, en consecuencia, puede incluir la palabra "Contratante", antes de la palabra "País", al indicarse esta última palabra en el inciso 1 del artículo I de la Ley uniforme.

Artículo IV

1. Cualquier País que haya ratificado o se haya adherido previamente a una o más Convenciones sobre conflictos de leyes respecto a la venta internacional de mercaderías, puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la presente Convención, declarar por medio de una notificación que dirija al Gobierno de los Países Bajos, que aplicará la Ley uniforme en aquellos casos regulados por una de esas Convenciones previas, solamente si esa Convención requiere la aplicación de la Ley uniforme.

2. Cualquier País que haga una declaración en los términos del inciso 1 de este artículo, informará al Gobierno de los Países Bajos acerca de la Convención o de las Convenciones a que se refiera dicha declaración.

Artículo V

Cualquier País, al momento de constituir el depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la presente Convención, puede declarar, por medio de notificación que dirija al Gobierno de los Países Bajos, que aplicará la Ley uniforme solamente a contratos en que las partes hayan elegido esa Ley como ley del contrato, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley uniforme.

Artículo VI

Cualquier País que emita una declaración en los términos de los incisos 1 o 2 de los artículos II, III, IV o V de la presente Convención, puede retirarla en cualquier tiempo, por medio de notificación que dirija al Gobierno de los Países Bajos. Dicho retiro tendrá efectos tres meses después de la fecha del recibo de la notificación por el Gobierno de los Países Bajos; y en caso de que se haga una declaración en los términos del inciso 1 del artículo II, también carecerá de valor, a partir de la fecha en que el retiro surta efectos, cualquier declaración recíproca que haga otro país.

Artículo VII

1. Cuando de acuerdo con las estipulaciones de la Ley uniforme, una parte de un contrato de venta tenga derecho a exigir el cumplimiento de cualquier obligación de la otra parte, un tribunal no estará obligado a emitir o ejecutar una decisión sobre el cumplimiento específico, salvo en los casos en que tuviera que hacerlo de acuerdo a su propia Ley y respecto a contratos semejantes de venta que no estuvieran regulados por la Ley uniforme.

2. Las disposiciones del inciso 1 de este artículo no afectarán las obligaciones del País Contratante que deriven de cualquier Convención celebrada o que se celebre y que se refiera al reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones formales que tengan la misma fuerza.

Artículo VIII

1. La presente Convención quedará abierta hasta el 31 de diciembre de 1965 para la firma de los Países representados en la Conferencia de La Haya de 1964 sobre la Unificación del Derecho que regula la Venta Internacional de Mercaderías.

2. La presente Convención será ratificada.

3. Los instrumentos de ratificación se depositarán con el Gobierno de los Países Bajos.

Artículo IX

1. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Países miembros de las Naciones Unidas o de cualquiera de sus Agencias Especializadas.

2. Los instrumentos de adhesión se depositarán con el Gobierno de los Países Bajos.

Artículo X

1. La presente Convención entrará en vigor seis meses después de la fecha del depósito del quinto instrumento de ratificación o adhesión.

2. Respecto a un país que ratifique o se adhiera a la presente Convención con posterioridad al depósito del quinto instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor seis meses después de la fecha del depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión.

Artículo XI

Cada País Contratante aplicará las disposiciones de su legislación en adición a los de la presente Convención respecto a contratos de venta a los que la Ley Uniforme se aplique y que se celebren la fecha o con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención, respecto al País de que se trate.

Artículo XII

1. Cualquier País Contratante puede denunciar la presente Convención mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

2. La denuncia tendrá efectos doce meses después del recibo de la notificación por el Gobierno de los Países Bajos.

Artículo XIII

1. Cualquier País puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier tiempo ulterior, declarar por medio de una notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos, que la presente Convención será aplicable a todos o a una parte de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable. Tal declaración tendrá lugar seis meses después de la fecha del recibo de la notificación por el Gobierno de los Países Bajos, o, si al terminar este periodo la Convención aún no ha entrado en vigor, a partir de la fecha de su entrada en vigor.

2. Cualquier País Contratante que hubiera hecho una declaración en los términos del inciso 1 de este artículo, puede denunciar la Convención respecto a la totalidad o a una parte de los territorios en cuestión.

Artículo XIV

1. Después de que la presente Convención haya estado en vigor durante tres años, cualquier país Contratante puede mediante notificación dirigida al Gobierno de los Países Bajos solicitar la celebración de una Conferencia para los efectos de revisión de la Convención o su anexo. La notificación de esta solicitud se hará a todos los Países Contratantes por el Gobierno de los Países Bajos, el cual convocará una Conferencia para los efectos de tal revisión si dentro de un periodo de seis meses a partir de la fecha de notificación, cuando menos una cuarta parte de los Países Contratantes notifica a dicho Gobierno su conformidad con lo solicitado.

2. Los Países invitados a la Conferencia, que no sean Países Contratantes, tendrán el *status* de observadores, a menos que los Países Contratantes decidan otra cosa en la Conferencia, por mayoría de votos. Los observadores tendrán todos los derechos de participación, pero no el de voto.

3. El Gobierno de los Países Bajos solicitará de todos los Países invitados a la Conferencia el someter las proposiciones que deseen que la Conferencia examine. El Gobierno de los Países Bajos notificará a todos los Países invitados la Agenda provisional de la Confe-

rencia, y los textos de todas las proposiciones que hayan sido sometidas.

4. El Gobierno de los Países Bajos comunicará al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado las proposiciones que se refieran a revisión y que se le sometan de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3 de este artículo.

Artículo XV

El Gobierno de los Países Bajos notificará a los Países Signatarios y Adherentes y al Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado sobre:

a) Las comunicaciones recibidas de acuerdo con el inciso 3 del artículo I.

b) Las declaraciones y notificaciones hechas de acuerdo con los artículos II, III, IV, V y VI.

c) Las ratificaciones y adhesiones depositadas de acuerdo con los artículos VIII y IX.

d) Las fechas en que la presente Convención entre en vigor de acuerdo con el artículo X.

e) Las denuncias recibidas de acuerdo con el artículo XII.

f) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo XIII.

En testimonio de lo anterior, los suscritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

Celebrada en La Haya el primer día del mes de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, en los idiomas francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El original de la presente Convención se depositará con el Gobierno de los Países Bajos, el que proveerá de copias certificadas a cada uno de los Países Signatarios y Adherentes y al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

ANEXO

LEY UNIFORME SOBRE LA VENTA INTERNACIONAL
DE MERCADERÍAS

CAPÍTULO I

ESFERA DE APLICACIÓN DE LA LEY UNIFORME

Artículo 1

1. La presente Ley se aplicará a los contratos de venta de mercaderías celebrados entre partes que tienen su establecimiento en el territorio de Países diferentes, en los siguientes casos:

a) Cuando el contrato implique la venta de mercaderías que al momento de la celebración del contrato estén en curso de viaje o sean objeto de un transporte desde el territorio de un País al territorio de otro.

b) Cuando los actos que constituyen la oferta y la aceptación han tenido lugar en territorio de Países diferentes.

c) Cuando la entrega de la cosa se deba realizar en el territorio de un País diferente de aquel en el que han sido realizados los actos que constituyen la oferta y la aceptación.

2. Si una de las partes no tiene establecimiento, se tomará en consideración su residencia habitual.

3. La aplicación de la presente Ley no dependerá de la nacionalidad de las partes.

4. En los contratos celebrados por correspondencia, los actos que constituyen la oferta y la aceptación sólo se considerarán realizados en el territorio de un mismo País si las cartas, telegramas u otra correspondencia que las contengan hubieran sido expedidos y recibidos en el territorio de ese País.

5. No se considerarán como "Países diferentes" dos o más Países, por lo que toca al establecimiento o a la residencia habitual de las partes, si una declaración en tal sentido ha sido válidamente emitida en los términos del artículo II de la Convención de 1º de julio de 1964 relativa a la Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, y siempre que dicha declaración permanezca en vigor.

Artículo 2

Para los efectos de la aplicación de la presente Ley se excluyen las reglas de derecho internacional privado, salvo que ella contenga disposiciones en contrario.

Artículo 3

Las partes pueden excluir total o parcialmente la aplicación de la presente Ley. Dicha exclusión puede ser expresa o tácita.

Artículo 4

La presente Ley será igualmente aplicable cuando haya sido elegida como ley del contrato por las partes, ya sea que éstas tengan o no su establecimiento o su residencia habitual en el territorio de Países diferentes, e independientemente de que éstos sean partes de la Convención de 1º de julio de 1964 relativa a la Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, siempre que no se afecte la aplicación de disposiciones imperativas que hubieran sido aplicables si las partes no hubiesen elegido la Ley uniforme.

Artículo 5

1. La presente Ley no se aplicará a las ventas:

- a) De acciones, valores de inversión, títulos de crédito o moneda.
- b) De buques, embarcaciones o aeronaves que en el presente o en el futuro estén sujetas a registro.
- c) De electricidad.
- d) De ventas judiciales.

2. La presente Ley no afectará la aplicación de cualquier disposición imperativa establecida en los derechos nacionales para la protección del comprador en las ventas en abonos.

Artículo 6

Se asimilan a las ventas, para los efectos de la presente Ley, los contratos de entrega de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que ordene las mercaderías asuma la obligación de proveer una parte esencial y sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción.

Artículo 7

La presente Ley se aplicará independientemente del carácter civil o comercial de las partes o de los contratos que celebren.

Artículo 8

La presente Ley regulará exclusivamente las obligaciones del vendedor y del comprador que surjan de un contrato de venta. Salvo disposición expresa en contrario, no concierne, en particular, ni a la formación del contrato ni a los efectos que éste puede producir sobre la propiedad de la cosa vendida, ni a su validez o a la de las cláusulas que contiene, ni tampoco a la de cualquier uso.

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 9

1. Las partes estarán vinculadas por cualquier uso al cual se hayan referido expresa o tácitamente en el contrato y por cualquier práctica que entre ellas hayan establecido.

2. Están también vinculadas por los usos que personas razonables que se encuentren en la misma situación de los contratantes consideran normalmente como aplicables a su contrato. En caso de contradicciones con la presente Ley, los usos prevalecerán sobre ella, salvo convenio en contrario de las partes.

3. Cuando se usen términos, cláusulas o formularios utilizados comúnmente en el comercio, su interpretación se hará según el sentido usual que se les dé en los medios comerciales pertinentes.

Artículo 10

Una transgresión del contrato se considera como esencial para los efectos de la presente Ley, siempre que la parte que no cumpla haya sabido o hubiese debido saber, al tiempo de la celebración del contrato, que una persona no hubiera celebrado el contrato si hubiese previsto dicha transgresión y sus efectos.

Artículo 11

Por los términos "breve plazo" dentro del cual un acto debe ser realizado, la presente Ley entiende un plazo tan breve como sea posible, según las circunstancias, contando desde el momento en el que el acto puede razonablemente ser realizado.

Artículo 12

Se entiende por "precio corriente" el precio tal como resulta de una cotización oficial en un mercado o, en defecto de ésta, de los elementos que sirven para determinar el precio según los usos del mercado.

Artículo 13

Para los efectos de la presente Ley, la expresión "una parte sabe o hubiere debido saber", o cualquiera otra expresión análoga, debe referirse a lo que hubiere debido saber o conocer una persona razonable colocada en la misma situación.

Artículo 14

Las comunicaciones previstas por la presente Ley se harán por los medios que sean usuales en las circunstancias que concurran.

Artículo 15

Un contrato de venta no necesita probarse por escrito, ni estará sujeto a requisito alguno en cuanto a la forma. En particular puede probarse por medio de testigos.

Artículo 16

Cuando de acuerdo con las estipulaciones de la presente Ley una de las partes contratantes tiene el derecho de exigir a la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a resolver la ejecución en especie, o hacer ejecutar una resolución que resuelva la ejecución en especie si no es de conformidad con las disposiciones del artículo VII de la Convención de 1º de julio de 1964 relativa a la Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías.

Artículo 17

Los problemas concernientes a materias regidas por la presente Ley y que no hayan sido especialmente resueltos por ella, serán regulados según los principios generales en que ella se inspira.

CAPÍTULO III

OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 18

El vendedor deberá efectuar la entrega de las mercaderías, remitir cualesquiera documentos relacionados con ellas y transmitir la propiedad de dichas mercaderías en las condiciones previstas en el contrato y en la presente Ley.

SECCIÓN I. ENTREGA DE LA COSA

Artículo 19

1. La entrega consiste en la dación de la cosa conforme al contrato.
2. En el caso de que el contrato de venta implique un transporte de cosas y ningún otro lugar de entrega sea convenido, ésta se efectúa por la dación de las mercaderías al porteador para ser transmitidas al comprador.
3. Cuando la cosa dada al porteador no estaba de modo manifiesto destinada al cumplimiento del contrato, por la indicación en ella de una dirección o por cualquier otro dato, el vendedor, además de efectuar la dación de la cosa, enviará al comprador un aviso de la expedición y, si fuera necesario, algún documento especificando la cosa.

SUBSECCIÓN 1. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EN CUANTO A LA FECHA Y AL LUGAR DE LA ENTREGA

A) FECHA DE LA ENTREGA

Artículo 20

Cuando la fecha de la entrega ha sido fijada por las partes o resulta de los usos, el vendedor debe entregar la cosa en esa fecha, sin

que sea necesaria ninguna otra formalidad, con tal que la fecha así fijada esté determinada o sea determinable según el calendario, o esté vinculada a un acontecimiento cierto cuya fecha de realización puedan conocer las partes con exactitud.

Artículo 21

Cuando por convenio de las partes o por los usos resulta que la entrega debería ser efectuada dentro de cierto tiempo (tal mes, tal estación), corresponde al vendedor fijar la fecha exacta de la entrega, a menos que de las circunstancias del caso resulte que dicha fijación ha quedado reservada al comprador.

Artículo 22

Cuando la fecha de la entrega no ha sido fijada conforme a los artículos 20 ó 21, el vendedor deberá entregar la cosa dentro de un plazo razonable después de la celebración del contrato, atendidas la naturaleza de la cosa y las circunstancias del caso.

B) LUGAR DE LA ENTREGA

Artículo 23

1. Cuando el contrato de venta no implique un transporte de la cosa, el vendedor debe entregar ésta en el lugar donde él tenía, en el momento de la celebración del contrato, su establecimiento, o a falta de éste, su residencia habitual.
2. Si la venta se refiere a un cuerpo cierto y si las partes conocían el lugar donde él se encontraba al momento de la celebración del contrato, es en dicho lugar donde el vendedor debe entregar la cosa. La misma regla se aplicará si las cosas vendidas son genéricas que han de extraerse de una masa determinada o si deben ser manufacturadas o producidas en un lugar que sea conocido de las partes en el momento de la celebración del contrato.

c) SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR CONCERNIENTES A LA FECHA Y AL LUGAR DE LA ENTREGA

Artículo 24

1. Cuando el vendedor no ha cumplido sus obligaciones en cuanto a la fecha o al lugar de la entrega, el comprador, según lo dispuesto en los artículos 25 a 32, puede:

- a) Exigir del vendedor la ejecución del contrato.
- b) Declarar la resolución del contrato.

2. También puede el comprador reclamar una indemnización de daños y perjuicios en los casos previstos en el artículo 82 o en los artículos 84 a 87.

3. En ningún caso el vendedor podrá obtener de un juez o de un tribunal arbitral un plazo de gracia.

Artículo 25

El comprador no tiene derecho a exigir la ejecución del contrato por el vendedor, si la adquisición de bienes que reemplacen a los del contrato resulta conforme a los usos y es razonablemente posible. En este caso el contrato será rescindido de pleno derecho a partir de la fecha en que dicha adquisición se hubiera podido efectuar.

a) Sanciones concernientes a la fecha de la entrega

Artículo 26

1. Cuando la falta de entrega en la fecha fijada constituye una transgresión esencial del contrato, el comprador puede exigir del vendedor la ejecución de éste, o bien, declarar la rescisión del contrato. El comprador debe informar al vendedor de su decisión dentro de un plazo razonable; de lo contrario el contrato se resuelve de pleno derecho.

2. Si el vendedor exige que el comprador le haga conocer su decisión y éste no cumple dentro de un plazo breve, el contrato se resuelve de pleno derecho.

3. Si el vendedor efectúa la entrega antes que el comprador haya hecho conocer su decisión, y éste no declara la resolución del contrato dentro de un plazo breve, el contrato no puede ser resuelto.

4. Cuando el comprador ha elegido la ejecución del contrato y no la obtiene dentro de un plazo razonable, puede declarar rescindido el contrato.

Artículo 27

1. Cuando la falta de entrega de la cosa en la fecha fijada no constituye una transgresión esencial del contrato, el vendedor conservará el derecho de efectuar la entrega y el comprador el de exigir de aquél la ejecución del contrato.

2. No obstante, el comprador puede conceder al vendedor un plazo satisfactorio adicional de duración razonable. La falta de entrega dentro de este plazo se considerará como una transgresión esencial del contrato.

Artículo 28

La falta de entrega en la fecha fijada constituye una transgresión esencial del contrato siempre que se trate de cosas que se cotizan en mercados a los cuales el comprador puede dirigirse para obtenerlas.

Artículo 29

En el caso de que el vendedor ofrezca entregar la cosa antes de la fecha fijada, el comprador tiene la facultad de aceptarla o rechazarla; si la acepta, puede reservarse el derecho de reclamar daños y perjuicios previstos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82.

b) Sanciones concernientes al lugar de la entrega

Artículo 30

i. Cuando la falta de entrega de la cosa en el lugar previsto constituye una transgresión esencial del contrato, y la falta de entrega en la fecha prevista también constituya una transgresión esencial, el comprador puede exigir del vendedor la ejecución del contrato o declarar la rescisión de éste. El comprador debe informar su decisión al vendedor dentro de un plazo razonable, de lo contrario el contrato se resuelve de pleno derecho.

2. Si el vendedor exige que el comprador le haga conocer su decisión y éste no le responde dentro de un plazo breve, el contrato se resuelve de pleno derecho.

3. Si el vendedor transporta la cosa al lugar previsto antes que el comprador haya hecho conocer su decisión, y el comprador no declara la resolución del contrato dentro de un breve plazo, éste no puede ser resuelto.

Artículo 31

1. En los casos no previstos en el artículo precedente, el vendedor conservará el derecho de efectuar la entrega en el lugar fijado y el comprador el derecho de exigir la ejecución del contrato por el vendedor.

2. No obstante, el comprador puede conferir al vendedor un plazo suplementario de duración razonable. La falta de entrega dentro de dicho plazo en el lugar fijado, constituirá una transgresión esencial del contrato.

Artículo 32

1. Si la entrega se realiza por la dación de la cosa a un porteador, y esta dación ha sido efectuada en un lugar distinto del fijado, el comprador puede declarar la resolución del contrato siempre que la falta de entrega en el lugar fijado constituya una transgresión esencial del contrato; el comprador perderá este derecho si no ha declarado la resolución dentro de un plazo breve.

2. El mismo derecho pertenece al comprador, en los casos y condiciones previstas en el párrafo precedente si la cosa ha sido expedida a un lugar distinto del fijado.

3. Si la expedición desde un lugar distinto o a un lugar distinto del fijado no constituye una transgresión esencial del contrato, el comprador solamente puede exigir daños y perjuicios en los términos del artículo 82.

SUBSECCIÓN 2. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EN CUANTO A LA CONFORMIDAD DE LA COSA

A) FALTA DE CONFORMIDAD

Artículo 33

1. El vendedor no habrá cumplido su obligación de entregar la cosa:

- a) Cuando sólo ha dado una parte de la cosa vendida o una cantidad mayor o menor que aquella prometida en el contrato.

- b) Cuando ha dado una cosa distinta a la prevista en el contrato o una cosa de diversa especie.

- c) Cuando ha dado una cosa que no sea conforme con una muestra o modelo entregada o enviada al comprador, a menos que la muestra o el modelo hubieran sido ofrecidas como mera indicación sin asumir obligación alguna de conformidad.

- d) Cuando ha dado una cosa que no posee las calidades necesarias para su uso normal o para su utilización comercial.

- e) Cuando ha dado una cosa que no posee las calidades necesarias para un uso especial previsto expresa o implícitamente en el contrato.

- f) En general, cuando ha dado una cosa que no posee las calidades y particularidades previstas, expresa o implícitamente en el contrato.

2. La diferencia en la cantidad, la falta de una parte de las mercaderías, o la falta de cualquiera característica o calidad no se tomarán en consideración cuando carezca de importancia.

Artículo 34

En los casos previstos en el artículo precedente, los derechos reconocidos al comprador por la presente Ley excluyen cualquier otra sanción fundada en la falta de conformidad de la cosa.

Artículo 35

1. La conformidad con el contrato se determinará de acuerdo con el estado de la cosa en el momento de la transmisión de los riesgos. No obstante, si a consecuencia de una declaración de resolución o de una petición de sustitución de la cosa, la transmisión de los riesgos no se produce, la conformidad se determinará según el estado de la cosa en el momento en que los riesgos se hubieran transmitido, si la cosa hubiera sido conforme al contrato.

2. El vendedor será responsable de las consecuencias de cualquier falta de conformidad que sobrevenga después del momento fijado en el inciso anterior, si esta falta tiene por causa un hecho del vendedor o de una persona de la cual él sea responsable.

Artículo 36

El vendedor no será responsable de las consecuencias de cualquier falta de conformidad previstas en el artículo 33, inciso 1, subincisos d), e) o f), si al momento de la celebración del contrato el comprador conocía esa falta o no debía ignorarla.

Artículo 37

En el caso de dación anticipada, el vendedor, hasta la fecha fijada para la entrega, conserva el derecho de entregar, ya sea la parte o la cantidad que falte, o nuevas cosas que sean conformes al contrato, o bien, reparar cualquier defecto de las cosas dadas, siempre que el ejercicio de tales derechos no causen al comprador serios inconvenientes o gastos apreciables.

B) VERIFICACIÓN Y DENUNCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Artículo 38

1. El comprador debe examinar la cosa o hacerla examinar dentro de un plazo breve.

2. En el caso de transporte de la cosa, el comprador debe examinarla en el lugar de destino.

3. Si la cosa ha sido reexpedida por el comprador sin transbordos y sin que el vendedor haya conocido o debido conocer, en el momento de la celebración del contrato, la posibilidad de esta reexpedición, el examen de la cosa podrá ser pospuesto hasta que ella llegue a su nuevo destino.

4. Las modalidades del examen se regularán por el acuerdo de las partes o, en defecto de éste, por la ley o los usos del lugar donde dicho examen deba efectuarse.

Artículo 39

1. El comprador perderá el derecho de prevalerse de una falta de conformidad de la cosa si no la ha denunciado al vendedor dentro de un plazo breve a partir del momento en que la ha descubierto o hubiese debido descubrirla. Sin embargo, si aparece posteriormente una falta que no hubiera podido ser revelada por el examen previsto en el artículo precedente, el comprador también puede prevalerse de ella, con la condición de que lo haga saber al vendedor dentro de un plazo breve posterior al descubrimiento. En todo caso, el comprador perderá el derecho de prevalerse de la falta de conformidad si no la hubiere denunciado en un plazo de dos años contados a partir del día de la dación de la cosa, salvo el caso de que exista una garantía que cubra dicha falta por un plazo mayor.

2. Al modificar la falta de conformidad, el comprador debe precisar la naturaleza de ella e invitar al vendedor a examinar la cosa o bien a hacerla examinar por su representante.

3. Cuando cualquiera de los avisos mencionados en el inciso 1 de este artículo se haya dirigido por carta, telegrama u otro medio de comunicación apropiado, el hecho de que tal aviso se hubiere retardado o no llegare a su destino no privará al comprador de prevalerse de él.

Artículo 40

El vendedor no puede prevalerse de las disposiciones de los artículos 38 y 39 cuando la falta de conformidad se refiere a hechos que él conocía o no podía ignorar y que no haya revelado.

C) SANCIONES POR FALTA DE CONFORMIDAD

Artículo 41

1. El comprador que ha denunciado debidamente al vendedor la falta de conformidad de la cosa con el contrato puede, según lo dispuesto en los artículos 42 a 46:

- a) Exigir del vendedor el cumplimiento del contrato.
- b) Declarar la resolución del contrato.
- c) Reducir el precio.

2. El comprador puede también exigir el pago de daños y perjuicios previstos en el artículo 82 o en los artículos 84 a 87.

Artículo 42

1. El comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento del contrato:

a) Si la venta se refiere a cosas que deben ser producidas o manufacturadas por el vendedor, mediante la reparación de ellas, siempre que el vendedor esté en posibilidad de efectuar dicha reparación.

b) Si la venta se refiere a un cuerpo cierto, mediante la entrega de la cosa prevista en el contrato o de la parte de ella que falte.

c) Si la venta se refiere a cosas genéricas, mediante la entrega de otras cosas que sean conformes al contrato o mediante la entrega de la parte o de la cantidad faltantes, a menos que la compra de cosas en sustitución sea razonablemente posible y esté conforme a los usos.

2. Si el comprador no obtiene, dentro de un plazo razonable, el cumplimiento del contrato, conserva los derechos mencionados en los artículos 43 a 46.

Artículo 43

El comprador puede declarar la resolución del contrato si la falta de conformidad así como la falta de entrega en la fecha prevista constituyen transgresiones esenciales del contrato. Perderá el derecho si no lo ejercita en un plazo breve posterior a la denuncia de la falta de conformidad, o bien, en el caso previsto en el inciso 2 del artículo 42, con posterioridad a la expiración del término previsto en dicho inciso.

Artículo 44

1. En casos no previstos en el artículo precedente, el vendedor, después de la fecha fijada para la entrega de las mercancías, conservará el derecho de entregar cualquier parte o cantidad faltantes, o entregar otras cosas que sean conformes con el contrato o reparar cualquier defecto de las mercancías que haya dado, siempre que el ejercicio de estos derechos no cause al comprador serios inconvenientes o gastos apreciables.

2. Sin embargo, el comprador puede conceder al vendedor para la entrega suplementaria o para la reparación de los defectos, un plazo de duración razonable. Si al vencimiento de este plazo el vendedor no ha entregado o reparado la cosa, el comprador puede elegir entre

exigir el cumplimiento del contrato, reducir el precio conforme al artículo 46, o declarar la resolución del contrato, siempre que esto último lo exija en plazo breve.

Artículo 45

1. Cuando el vendedor sólo ha dado una parte de la cosa, o una cantidad insuficiente, o cuando sólo una parte de la cosa dada es conforme al contrato, se aplican las disposiciones de los artículos 43 y 44 en lo que se refiere a la parte o cantidad faltantes, o a las que no estén conformes con el contrato.

2. Sin embargo, el comprador puede declarar la resolución total del contrato si la violación de efectuar una entrega total y de acuerdo con el contrato constituye una transgresión esencial de éste.

Artículo 46

El comprador que no ha obtenido el cumplimiento del contrato, ni declarado su resolución, puede reducir el precio en la proporción en que el valor que la cosa tenía al momento de la celebración del contrato se hubiera reducido a consecuencia de la falta de conformidad.

Artículo 47

Cuando el vendedor de cosas genéricas ha presentado al comprador una cantidad mayor que la prevista en el contrato, el comprador puede rechazar o aceptar la cantidad que exceda de la prevista. Si el comprador la rechaza, el vendedor no puede ser responsable más que de la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 82. Si acepta todo, o una parte de la cantidad excedente, debe pagar la cuota parte que le corresponda según el contrato.

Artículo 48

El comprador puede ejercer los derechos que le confieren los artículos 43 a 46, incluso antes del momento fijado para la entrega, si es evidente que la cosa que sería dada no es conforme al contrato.

Artículo 49

1. El comprador perderá su derecho de reclamar la falta de conformidad con el contrato si deja correr el plazo de un año, computado desde la denuncia prevista en el artículo 39, salvo en el caso de que el

ejercicio de la acción hubiera sido impedido a consecuencia de fraude del vendedor.

2. Después de la expiración de este plazo, el comprador no podrá ya prevalerse de la falta de conformidad, ni siquiera por vía de excepción. El comprador puede, sin embargo, si no ha pagado el precio y con tal de haber denunciado debidamente la falta de conformidad dentro del plazo breve previsto en el artículo 39, oponer como excepción contra la demanda de pago, la reducción del precio o daños y perjuicios.

SECCIÓN II. DACIÓN DE DOCUMENTOS

Artículo 50

Cuando el vendedor está obligado a dar al comprador documentos relativos a la cosa vendida, deberá cumplir con tal obligación en el momento y lugar fijados en el contrato o establecidos por los usos.

Artículo 51

Si el vendedor no cumple con su obligación de dar documentos, en el momento y lugar fijados, como se estipula en el artículo precedente, o si da documentos no conformes a los que debe entregar, el comprador tendrá, según el caso, los mismos derechos estipulados en los artículos 41 a 49, según sea el caso.

SECCIÓN III. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

Artículo 52

1. Cuando la cosa es objeto de un derecho o de una reclamación de un tercero y el comprador no hubiera aceptado tomarla en tales condiciones, debe denunciar al vendedor tal derecho o reclamación —a menos que éste conozca uno u otra— y pedirle que ponga remedio a ello dentro de un plazo razonable o que le entregue otra cosa libre de todo derecho y reclamación.

2. Si el vendedor satisface la petición, el comprador que, sin embargo, ha sufrido un perjuicio, puede exigir la indemnización de daños y perjuicios en los términos del artículo 82.

3. En caso de que el vendedor no satisfaga la petición, el comprador, si de ello resulta una transgresión esencial del contrato, puede

declarar la resolución de éste y exigir la indemnización de daños y perjuicios en los términos de los artículos 84 a 87. Si el comprador no declara la resolución o si no existe una transgresión esencial del contrato, tiene derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios en los términos del artículo 82.

4. El comprador perderá el derecho de declarar la resolución del contrato si no envía al vendedor la denuncia prevista por el inciso 1 de este artículo dentro de un plazo razonable a partir del momento en que verificó o hubiese debido verificar el derecho o la reclamación del tercero sobre la cosa.

Artículo 53

Los derechos reconocidos al comprador en el artículo precedente excluyen cualquier otra acción fundada en el hecho de que el vendedor falte a su obligación de transmitir la propiedad de la cosa o de que ésta fuera objeto de un derecho o de una reclamación de un tercero.

SECCIÓN IV. OTRAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 54

1. Si el vendedor debe remitir la cosa al comprador, celebrará en las condiciones y medios que sean usuales, los contratos necesarios para que el transporte de la cosa se efectúe hasta el lugar previsto.

2. Si el vendedor no está obligado a concertar un seguro de transporte, debe proveer al comprador, a requerimiento de éste, de toda la información que sea necesaria para la celebración de tal seguro.

Artículo 55

1. Si el vendedor no cumple con cualquiera de las obligaciones, salvo las establecidas en los artículos 20 a 53, el comprador puede:

a) Si el incumplimiento constituye una transgresión esencial del contrato, declarar la resolución de éste siempre que lo haga dentro de un breve plazo, y pedir la indemnización de daños y perjuicios en los términos de los artículos 84 a 87, o bien,

b) En cualquier otro caso, demandar daños y perjuicios en los términos del artículo 82.

2. El comprador también puede exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que el contrato se rescinda.

CAPÍTULO IV

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 56

El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa y a proceder a la recepción de ella, en los términos establecidos en el contrato y en la presente Ley.

SECCIÓN I. PAGO DEL PRECIO

A) FIJACIÓN DEL PRECIO

Artículo 57

Cuando la venta se celebra sin que el precio haya sido fijado ni se haya estipulado un medio para determinarlo, el comprador deberá pagar el precio que el vendedor habitualmente cobrara al momento de la celebración del contrato.

Artículo 58

Cuando el precio es fijado en relación al peso de la cosa, es el peso neto el que determina dicho precio, en caso de duda.

B) LUGAR Y FECHA DEL PAGO

Artículo 59

1. Cuando en los contratos que establecen entregas sucesivas, el de éste y en defecto de tal establecimiento en la residencia habitual del vendedor; cuando el pago debe hacerse contra dación de la cosa o de documentos, en el lugar de dicha dación.

2. Cuando a consecuencia de un cambio del establecimiento o de la residencia habitual del vendedor que sea posterior a la celebración del contrato, han aumentado los gastos relativos al pago, el vendedor soportará dicho aumento.

Artículo 60

Cuando las partes han acordado una fecha para el pago o ésta resulta de los usos, el comprador estará obligado a pagar el precio en tal fecha, sin requerirse ninguna otra formalidad.

c) SANCIONES POR LA FALTA DE PAGO

Artículo 61

1. Si el comprador no paga el precio en las condiciones establecidas en el contrato y por la presente Ley, el vendedor tiene derecho de exigirle el cumplimiento de su obligación.

2. El vendedor no podrá exigir del comprador el pago del precio, si éste está de acuerdo con los usos y fuere razonablemente posible para el vendedor la reventa de la cosa. En tal caso, el contrato se rescindirá de pleno derecho a partir de la fecha en que la reventa se efectuara.

Artículo 62

1. Cuando la falta de pago del precio en la fecha establecida constituye una transgresión esencial del contrato, el vendedor puede exigir del comprador el pago del precio o la resolución del contrato. El comprador debe hacer conocer su opción dentro de un plazo razonable, de lo contrario el contrato se resolverá de pleno derecho.

2. Cuando la falta de pago del precio en la fecha establecida no constituye una transgresión esencial del contrato, el vendedor puede otorgar al comprador un plazo suplementario de duración razonable. Si el comprador no paga el precio a la expiración del plazo, el vendedor, a su elección, puede exigir el pago del precio, o bien, dentro de un plazo breve declarar la resolución del contrato.

Artículo 63

1. En caso de resolución por falta de pago, el vendedor tendrá derecho de exigir indemnización de daños y perjuicios, en los términos de los artículos 84 y 87.

2. Cuando el contrato no se resuelve, el vendedor tendrá derecho de exigir daños y perjuicios en los términos de los artículos 82 y 83.

Artículo 64

En ningún caso podrá el comprador pedir a un juez o a un árbitro un plazo de gracia para el pago del precio.

SECCIÓN II. RECEPCIÓN

Artículo 65

La recepción consiste para el comprador, una vez efectuada la entrega, en cumplir los actos necesarios para que la dación de la cosa sea posible y para retirar ésta.

Artículo 66

1. Cuando el incumplimiento por el comprador de su obligación de proceder a la recepción de la cosa en las condiciones fijadas en el contrato constituye una transgresión esencial del mismo, o dé al vendedor justos motivos para temer que el precio no le será pagado, el vendedor puede declarar la resolución del contrato.

2. Cuando la falta de recepción no constituye una transgresión esencial del contrato, el vendedor puede otorgar al comprador un plazo suplementario de duración razonable. Si el comprador no procede a recibir la cosa a la expiración del plazo, el vendedor puede dentro de un plazo breve declarar la resolución del contrato.

Artículo 67

1. Si en el contrato, el comprador se ha reservado el derecho de determinar ulteriormente la forma, la medición u otras modalidades de la cosa (venta para especificación), y si no ha efectuado esta especificación, ya sea en la fecha convenida expresa o tácitamente o dentro de un plazo razonable después de un requerimiento del vendedor, éste puede declarar la resolución del contrato dentro de un plazo breve, o bien proceder a realizar la especificación de acuerdo con las necesidades del comprador, en cuanto que éstas resultaren conocidas.

2. Si el vendedor efectúa por sí mismo la especificación, debe informar al comprador los detalles de ésta y fijar un plazo razonable para que el comprador pueda realizar una especificación diferente. Si el comprador no realiza esta especificación, la efectuada por el vendedor será obligatoria.

Artículo 68

1. En caso de resolución del contrato por falta de recepción de la cosa por el comprador o por no realizar éste la especificación, el ven-

dedor tiene derecho de exigir indemnización de daños y perjuicios, en los términos de los artículos 84 a 87.

2. Si el contrato no se resuelve, el vendedor tiene derecho a exigir daños y perjuicios en los términos del artículo 82.

SECCIÓN III. OTRAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 69

El comprador tomará las medidas previstas en el contrato o establecidas por los usos, por la ley o los reglamentos en vigor, con el fin de preparar o garantizar el pago del precio, tales como la aceptación de una letra de cambio, la apertura de un crédito documentado, o la prestación de una garantía bancaria.

Artículo 70

1. Si el comprador no cumple con cualquiera obligación, salvo las señaladas en las secciones I y II de este capítulo, el vendedor puede:

a) Si el incumplimiento constituye una transgresión esencial del contrato, declarar la resolución de éste siempre que lo haga dentro de un plazo breve, y demandar indemnización de daños y perjuicios en los términos de los artículos 84 a 87, o bien,

b) En cualquier otro caso, demandar daños y perjuicios en los términos del artículo 82.

2. El vendedor puede también exigir al comprador el cumplimiento de su obligación, a menos que el contrato se resuelva.

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES
DEL VENDEDOR Y EL COMPRADORSECCIÓN I. CONCOMITANCIA ENTRE LA ENTREGA DE LA COSA
Y EL PAGO DEL PRECIO*Artículo 71*

Salvo lo dispuesto en el artículo 72, el pago del precio debe ser concomitante con la entrega de la cosa. Sin embargo, el comprador no

estará obligado a pagar el precio antes de haber tenido la posibilidad de examinar la cosa.

Artículo 72

1. Cuando el contrato implique el transporte de las mercaderías y, a virtud de lo dispuesto en el artículo 19, inciso 2, la entrega se realiza por la dación de la cosa al porteador, el vendedor puede diferir la expedición hasta que reciba el pago, o bien, proceder a la remisión de tal manera que conserve el derecho de disponer de la cosa durante su transporte. En este último caso, puede exigir que la cosa no sea entregada al comprador en el lugar de destino, excepto contra pago del precio, y el comprador no estará obligado a pagar el precio sin que tenga oportunidad de examinar la cosa.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en el caso de que el contrato estipule pago contra documentos, el comprador no tiene derecho a rehusar el pago del precio por el hecho de que no haya tenido oportunidad de examinar la cosa.

Artículo 73

1. Cada una de las partes puede diferir el cumplimiento de sus obligaciones, siempre que la situación económica de la otra parte haya pasado a ser, con posterioridad al contrato, tan difícil que existan justos motivos para temer que ella no cumplirá con una parte importante de sus obligaciones.

2. Si el vendedor ha expedido la cosa antes de que revele la situación económica del comprador prevista en el inciso precedente, puede oponerse a la dación de la cosa al comprador, inclusive si éste es titular de un documento que le conceda el derecho de obtenerla.

3. No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, el vendedor no tendrá derecho a oponerse a la dación si ésta es reclamada por un tercero, que sea legítimo titular de un documento que le conceda derecho para obtener la cosa, a menos que el documento contenga reservas que se refieran a la transmisión, o a menos que el vendedor demuestre que el titular del documento, al adquirirlo, hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del vendedor.

SECCIÓN II. EXONERACIÓN

Artículo 74

1. Cuando una de las partes no ha cumplido con una de sus obligaciones, no será responsable de tal incumplimiento si prueba que éste es debido a un obstáculo que según la intención de las partes al momento de la celebración del contrato, ni debía tomar en consideración, ni evitar o superar; a falta de cualquiera expresión de la intención de las partes, se atenderá a la intención que tuvieran personas razonables colocadas en la misma situación.

2. Si las circunstancias que motivaran el incumplimiento son de tal naturaleza que sólo originen un impedimento temporal del cumplimiento, la parte que no cumpla será, sin embargo, relevada permanentemente de su obligación si a consecuencia de la demora en el cumplimiento cambie tan radicalmente que lleve a la ejecución de una obligación del todo distinta a la prevista en el contrato.

3. La exoneración prevista en el presente artículo en favor de una de las partes no impedirá la resolución del contrato fundada en alguna otra disposición de la presente Ley, ni privará a la otra parte de cualquier derecho que le corresponda en los términos de esta Ley para reducir el precio, a menos que el obstáculo que justifique la exoneración haya sido producido por la otra parte o por alguna persona de la cual ella sea responsable.

SECCIÓN III. REGLAS COMPLEMENTARIAS EN MATERIA DE RESOLUCIÓN

A) CAUSAS COMPLEMENTARIAS DE RESOLUCIÓN

Artículo 75

1. Cuando en los contratos que establecen entregas sucesivas, el incumplimiento por una de las partes de una obligación relativa a cualquiera de las entregas conceda a la otra parte justos motivos de temer la inejecución de obligaciones futuras, ésta puede declarar la resolución del contrato para el futuro, con tal que lo haga dentro de un plazo breve.

2. El comprador también puede declarar la resolución del contrato, siempre que lo haga dentro de un plazo, tanto en cuanto a las partidas futuras, como respecto a las ya recibidas, o bien, en cuanto a

unas y otras, si prueba que por razón de su conexión dichas partidas carecen de interés para él.

Artículo 76

Cuando con anterioridad a la fecha fijada para el cumplimiento del contrato, resulta claro que una de las partes cometerá una transgresión esencial del mismo, la otra parte puede declarar la resolución del contrato.

Artículo 77

Cuando el contrato es resuelto en virtud de los dos artículos precedentes, la parte que ha declarado la resolución puede demandar daños y perjuicios en los términos de los artículos 84 a 87.

B) EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

1. A virtud de la resolución del contrato las dos partes quedan liberadas de sus obligaciones, quedando a salvo la indemnización de daños y perjuicio que pueda ser debida.

2. Si una parte ha cumplido el contrato total o parcialmente, puede reclamar la restitución de lo que ella ha suministrado o pagado, en los términos del propio contrato. Si las dos partes demandan restitución, ellas deben realizarla concurrentemente.

Artículo 79

1. El comprador perderá su derecho de declarar la resolución del contrato cuando le es imposible restituir la cosa en el estado en que la hubiera recibido.

2. Sin embargo, el comprador puede declarar la resolución del contrato:

a) Si la cosa o una parte de ella ha perecido o se ha deteriorado a consecuencia de la falta que justifique la resolución.

b) Si la cosa o una parte de ella ha perecido o se ha deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38.

c) Si el comprador, antes del descubrimiento de la falta de conformidad, ha consumido o transformado una parte de la cosa de acuerdo con su uso normal.

d) Si la imposibilidad de restituir la cosa o de restituirla en el estado en que la ha recibido no es debida a un acto del comprador o de una persona de cuya conducta él sea responsable.

e) Si el deterioro o la transformación de la cosa carecen de importancia.

Artículo 80

El comprador que ha perdido el derecho de declarar la resolución del contrato por aplicación del artículo precedente conservará todos los otros derechos que le confiere la presente Ley.

Artículo 81

1. Cuando el vendedor está obligado a restituir el precio, debe también los intereses de dicho precio desde el día del pago, con arreglo al tipo fijado por el artículo 83.

2. El comprador deberá pagar al vendedor el equivalente de todas las ganancias y ventajas que haya obtenido de la cosa, o de una parte de ella según sea el caso:

a) Cuando deba restituirla total o parcialmente.

b) Cuando siendo imposible la restitución parcial o total, el contrato, sin embargo, sea resuelto.

SECCIÓN IV. REGLAS COMPLEMENTARIAS EN MATERIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS

A) DAÑOS Y PERJUICIOS EN CASO DE QUE EL CONTRATO NO SEA RESUELTO

Artículo 82

Cuando el contrato no sea resuelto, los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte. Los daños y perjuicios no excederán la pérdida o la omisión de la ganancia que la parte que no cumpla hubiera debido prever al tiempo de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos que ella conozca o debía haber conocido como consecuencia posible de la violación del contrato.

Artículo 83

Cuando la violación del contrato consiste en un retardo en el pago del precio, el vendedor tendrá derecho en todo caso a intereses moratorios sobre las cantidades no pagadas, que se computarán igual al tipo oficial del descuento en el país en que el vendedor tenga su establecimiento y en defecto de éste su residencia habitual, aumentado en un 1 por 100.

B) DAÑOS Y PERJUICIOS EN CASO DE QUE EL CONTRATO SEA RESUELTO

Artículo 84

1. En caso de resolución del contrato, cuando la cosa tiene un precio corriente, la indemnización de daños y perjuicios será igual a la diferencia entre el precio previo en el contrato y el precio corriente en la fecha en que el contrato se resuelva.

2. Para el cálculo de los daños y perjuicios previstos en el inciso precedente, el precio corriente que deberá tomarse en consideración será el prevaleciente en el mercado en que la transacción hubiera tenido lugar; si no existe dicho precio corriente o su aplicación resultara inapropiada, se considerará el precio de un mercado que razonablemente pueda sustituirlo, debiendo computarse diferencias por los gastos de transporte de la cosa.

Artículo 85

Si el comprador ha procedido a una compra de sustitución o si el vendedor ha efectuado una venta compensatoria actuando de manera razonable, éste puede exigir la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la compra de sustitución o de la venta compensatoria.

Artículo 86

La indemnización de daños y perjuicios fijados conforme a los dos artículos precedentes puede ser incrementada con todos los gastos razonables en que efectivamente se haya incurrido como consecuencia del incumplimiento, o bien, con el monto de todas las pérdidas sufridas y de todas las ganancias dejadas de percibir que la parte que no cumpla debió haber previsto al momento de la celebración del contrato, tomando en consideración circunstancias conocidas o que de-

bió haber conocido como consecuencias posibles de la violación del contrato.

Artículo 87

Si la cosa no tiene precio corriente, la indemnización de daños y perjuicios será calculada según las reglas del artículo 82.

C) DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 88

La parte que invoca el incumplimiento del contrato debe adoptar todas las medidas razonables con objeto de disminuir la pérdida experimentada. Si ella descuida hacerlo, la otra parte puede exigir la reducción de los daños y perjuicios.

Artículo 89

En caso de dolo o de fraude los daños y perjuicios no serán determinados según las reglas aplicables a contratos de venta que no estuvieran regulados por la presente Ley.

SECCIÓN V. GASTOS

Artículo 90

Los gastos de entrega de la cosa son a cargo del vendedor; todos los gastos posteriores a la entrega son a cargo del comprador.

SECCIÓN VI. CUSTODIA DE LA COSA

Artículo 91

Cuando el comprador tarda en hacer la recepción de la cosa o en pagar el precio, el vendedor está obligado a tomar medidas razonables para asegurar la conservación de la cosa; él tendrá derecho a retenerla hasta que haya sido indemnizado por el comprador de los gastos razonables que haya hecho.

Artículo 92

1. Cuando la cosa ha sido recibida por el comprador, y éste pretende rechazarla, deberá tomar las medidas razonables para asegurar su conservación; tendrá el derecho de retener la cosa hasta que haya sido indemnizado por el vendedor de los gastos razonables en que haya incurrido.

2. Cuando la cosa expedida por el comprador ha sido puesta a su disposición en el lugar de destino, y quiera rechazarla, debe tomar posesión de ella por cuenta del vendedor, con tal de que esto pueda ser hecho sin pago del precio y sin mayores inconvenientes ni gastos apreciables. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor está presente en el lugar de destino o cuando existe en dicho lugar una persona facultada para hacerse cargo de la cosa.

Artículo 93

La parte a la que incumbe la conservación de la cosa tiene el derecho de depositarla en los almacenes de un tercero, a costa de la otra parte, siempre que los gastos en que se incurra sean razonables.

Artículo 94

1. La parte que según lo dispuesto por los dos artículos precedentes tiene obligación de tomar medidas para asegurar la conservación de la cosa, puede venderla por cualquier medio apropiado, siempre que haya notificado en forma debida a la otra parte su intención de devolución de la cosa o el pago de los gastos de conservación; y siempre que hay notificado en forma debida a la otra parte su intención de vender.

2. La parte que vende la cosa tendrá el derecho a retener del producto de la venta un monto igual a los gastos razonables de su conservación y de su venta, debiendo transmitir el excedente a la otra parte.

Artículo 95

Cuando en los casos previstos en los artículos 91 y 92 la cosa está expuesta a una pérdida o a un deterioro rápido, o cuando su conservación acarreará gastos excesivos, la parte a la que le incumbe la conservación está obligada a vender la cosa como ésta previsto en el artículo precedente.

CAPÍTULO VI

TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS

Artículo 96

Cuando los riesgos son transmitidos al comprador, éste debe pagar el precio, pese a la pérdida o deterioro de la cosa, a menos que estas circunstancias se deban a un acto del vendedor o de cualquiera otra persona de cuya conducta éste sea responsable.

Artículo 97

1. Los riesgos se transmitirán al comprador desde que la entrega de la cosa tiene lugar en las condiciones previstas en el contrato y en la presente Ley.

2. En el caso de dación de una cosa no conforme al contrato, los riesgos se transmiten al comprador, independientemente de la falta de conformidad, desde el momento en que la dación se efectúa en las condiciones previstas en el contrato y en la presente Ley, pero siempre que el comprador no haya declarado la resolución del contrato ni exigido la sustitución de la cosa.

Artículo 98

1. Cuando la dación de la cosa se retarde por el incumplimiento de una obligación del comprador, los riesgos se transmitirán a éste a partir de la última fecha en que, independientemente del incumplimiento, dicha dación debió haber sido hecha en los términos del contrato.

2. Si la venta se refiere a cosas genéricas, el retraso del comprador motivará la transmisión de los riesgos siempre que el vendedor haya apartado cosas patentemente destinadas al cumplimiento del contrato, y lo haya notificado al comprador.

3. Cuando las cosas genéricas sean de tal naturaleza que el vendedor no puede separar una parte de ellas hasta que el comprador realice la recepción, será suficiente que el vendedor haya realizado todos los actos necesarios para permitir al comprador el realizar la recepción.

Artículo 99

1. Si la venta tiene por objeto mercaderías en curso de viaje por mar, los riesgos se asumirán por el comprador a partir del momento de la dación de la cosa al porteador.

2. Si al momento de la celebración del contrato el vendedor sabía o debía saber que la cosa había perecido o estaba deteriorada, los riesgos permanecerán a su cargo hasta el momento de la celebración del contrato.

Artículo 100

Si en el caso previsto en el artículo 19, inciso 3, el vendedor, al momento de enviar el aviso o el documento que especifica la cosa, sabía o debía saber que ella había perecido o se había deteriorado después de su dación al porteador, los riesgos permanecerán a cargo del vendedor hasta el momento en que haya enviado el aviso o el documento.

Artículo 101

La transmisión de los riesgos no estará ligada necesariamente a la estipulación de una cláusula especial en el contrato relativa a los gastos.

6. PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (1978)

PARTE I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; o
- b) cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando ello no resulte del contrato, ni de ningún trato entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento anterior a la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. No se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

- a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;
- b) en subastas;

- c) judiciales;
- d) de acciones, valores de inversión, títulos de crédito y dinero;
- e) de buques, embarcaciones y aeronaves;
- f) de electricidad.

Artículo 3

1. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones del vendedor consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

2. Se considerarán como compraventas los contratos que tengan por objeto el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción.

Artículo 4

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y las obligaciones del vendedor y del comprador que dimanen de dicho contrato. Salvo disposición expresa en contrario, la presente Convención no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones o de cualquier uso;
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de la mercadería vendida.

Artículo 5

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, a reserva de lo dispuesto en el artículo 11, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 6

En interpretación y aplicación de lo dispuesto en la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad

de fomentar la uniformidad y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Artículo 7

1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención, cuando la otra parte haya conocido, o no haya podido desconocer, cuál era esa intención.

2. Si el párrafo precedente no es aplicable, las declaraciones y otros actos de las partes deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado una persona razonable en las mismas circunstancias.

3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que una persona razonable habría dado en las mismas circunstancias, deberá prestarse la consideración debida a todas las circunstancias pertinentes del caso, incluidas las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre sí, los usos y la conducta ulterior de las partes.

Artículo 8

1. Las partes están obligados por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que entre sí hayan establecido.

2. Salvo que se acuerde otra cosa, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento, y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del tipo correspondiente a las transacciones comerciales de que se trate.

Artículo 9

A los efectos de la presente Convención:

a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarda la relación más estrecha con el contrato y su ejecución, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de celebrar el contrato o en el momento de su celebración;

b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

Artículo 10

El contrato de compraventa no tiene que celebrarse ni probarse por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. Puede probarse de cualquier manera, inclusive por medio de testigos.

Artículo 11

No se aplicará ninguna disposición del artículo 10, el artículo 27 o la parte II de la presente Convención que permita que un contrato de compraventa o su modificación o rescisión, o cualquier oferta, aceptación u otra indicación de intención se haga por un procedimiento que no sea por escrito, en caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo X de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones al presente párrafo ni modificar sus efectos.

PARTE II

FORMACIÓN DE CONTRATOS

Artículo 12

personas determinadas constituye una oferta si es suficientemente definida e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente definida si indica las mercancías y, expresa o tácitamente estipula la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2. Una propuesta no dirigida a una o más personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 13

1. Una oferta entra en vigor en el momento que llega al destinatario.

2. Una oferta puede ser retirada antes de su entrada en vigor si el retiro llega al destinatario antes que la oferta o al mismo tiempo que ella, incluso si es irrevocable.

Artículo 14

1. Una oferta puede ser revocada hasta el momento en que quede celebrado el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado un aceptación.

2. Sin embargo, una oferta no puede revocarse:

a) si indica que es irrevocable, ya sea indicando un plazo firme para la aceptación o por otros medios; o

b) cuando sea razonable para el destinatario confiar en que la oferta es irrevocable y el destinatario haya actuado confiado en la oferta.

Artículo 15

Una oferta, incluso si es irrevocable, queda cancelada cuando el rechazo de la oferta llega al oferente.

Artículo 16

1. Una declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituye una aceptación. El silencio, por sí solo, no constituirá aceptación.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, la aceptación de una oferta tendrá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no tendrá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado, o bien, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, considerándose debidamente las circunstancias de la transacción, incluida la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, la aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata.

3. No obstante, si, en virtud de la oferta o como resultado de prácticas que las partes hayan establecido entre sí o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto tal como alguno relacionado con el envío de las mercaderías o el pago del precio, sin notificación al oferente, la aceptación tendrá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo 2 del presente artículo.

Artículo 17

1. Una respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2. Sin embargo, una respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación, pero que contenga estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente las estipulaciones de la oferta, constituirá una aceptación a menos que el oferente objete sin demora indebida la discrepancia. Si no lo hiciera así, las estipulaciones del contrato

serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3. Se considerará que las estipulaciones adicionales o diferentes que se refieran, entre otras cosas, al precio, el pago, la calidad y la cantidad de las mercaderías, el lugar y la fecha de la entrega, el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o el arreglo de las controversias alteran sustancialmente las estipulaciones de la oferta, a menos que el destinatario de la oferta tenga motivo para creer, en virtud de los términos de la oferta o de las circunstancias particulares del caso, que dichas estipulaciones adicionales o diferentes son aceptables para el oferente.

Artículo 18

1. El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta empezará a correr a partir del momento en que el telegrama sea entregado para su despacho o a partir de la fecha de la carta o, sino figura tal fecha, de la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, telex u otros medios de comunicación instantánea empezará a correr a partir del momento en que la oferta llegue al destinatario.

2. Si la comunicación de la aceptación no puede ser entregada en la dirección del oferente debido a un feriado oficial o día no laborable que coincida con el último día del plazo de aceptación en el establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás feriados oficiales o días no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo.

Artículo 19

1. Una aceptación tardía surte, sin embargo, los efectos de una aceptación si el oferente informa sin demora de ello al destinatario, ya sea verbalmente, ya mediante el envío de una notificación al efecto.

2. Si la carta o el documento que contienen una aceptación tardía indican que han sido enviados en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habrían llegado en el plazo debido al oferente, la aceptación tardía surtirá los efectos de una aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario que considera su oferta como caducada, o le envíe una notificación al efecto.

Artículo 20

Una aceptación puede ser retirada si la comunicación de su retiro llega al oferente en el momento en que la aceptación habría sido efectiva, o antes de ese momento.

Artículo 21

El contrato se celebra en el momento de tener efecto la aceptación de una oferta con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 22

A los efectos de la parte II de la presente Convención, una oferta, una declaración de aceptación o cualquier otra indicación de intención "llega" al destinatario cuando se le participa oralmente o se le entrega por cualesquiera otros medios en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento o dirección postal, en su residencia habitual.

PARTE III

COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 23

El incumplimiento del contrato por una de las partes es esencial cuando causa un perjuicio importante a la otra parte, salvo que la

parte que ha incumplido no haya previsto ni haya tenido razones para prever tal resultado.

Artículo 24

La declaración de resolución del contrato sólo surtirá efectos cuando se notifique a la otra parte.

Artículo 25

Salvo disposición expresa en contrario de la parte III de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue no privarán a esa parte del derecho de prevalerse de tal comunicación.

Artículo 26

Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene el derecho de exigir de la otra el cumplimiento de cualquier obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar la ejecución en especie, a menos que pueda ordenarla, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención.

Artículo 27

1. Un contrato podrá modificarse o rescindirse por mero acuerdo entre las partes.

2. Un contrato escrito que contenga una disposición que exija que toda modificación o rescisión se haga por escrito no podrá modificarse ni rescindirse de otra manera. No obstante, cualquiera de las partes podrá verse impedida por su conducta de prevalerse de tal disposición en la medida en que la otra parte haya confiado en esa conducta.

CAPÍTULO II. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 28

El vendedor deberá entregar la mercadería y cualesquiera documentos relacionados con ella, y transmitir su propiedad, en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I. ENTREGA DE LA MERCADERÍA Y DE LOS DOCUMENTOS

Artículo 29

Si el vendedor no está obligado a entregar la mercadería en cualquier otro lugar determinado, su obligación de entregar consistirá:

a) si el contrato de compraventa implica el transporte de la mercadería, en hacer entrega de ella al primer transportista para que la transmita al comprador.

b) en los casos no comprendidos en el inciso precedente, si el contrato se refiere a una mercadería cierta, o a una mercadería no identificada que ha de sacarse de una masa determinada o que debe ser manufacturada o producida y si, en el momento de la celebración del contrato, las partes saben que la mercadería se encuentra o va a ser manufacturada o producida en un lugar determinado, en ponerla a disposición del comprador en ese lugar;

c) en los demás casos, en poner la mercadería a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 30

1. Si el vendedor está obligado a entregar la mercadería a un transportista y dicha mercadería no está claramente marcada con una dirección ni de otro modo identificada en el contrato, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifique la mercadería.

2. Si el vendedor está obligado a tomar medidas para el transporte de la mercadería, deberá celebrar los contratos necesarios para efectuarlo hasta el lugar señalado, por los medios de transporte que sean adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para ese tipo de transporte.

3. Si el vendedor no está obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible necesaria para contratar ese seguro.

Artículo 31

El vendedor deberá entregar la mercadería:

a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o

b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento de dicho plazo, a menos que las circunstancias indiquen que corresponde al comprador elegir la fecha; o

c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Artículo 32

Si el vendedor está obligado a entregar documentos relativos a la mercadería, deberá entregarlos en el momento, lugar y forma previstos en el contrato.

SECCIÓN II. CONFORMIDAD DE LA MERCADERÍA Y RECLAMACIONES DE TERCEROS

1. El vendedor deberá entregar una mercadería conforme a la cantidad, calidad y tipo previstos en el contrato, que esté envasada o embalada de la manera estipulada en él. Salvo que se haya pactado otra cosa, la mercadería no es conforme al contrato a menos que:

a) se preste a las finalidades para las que usualmente se utilizarían mercaderías del mismo tipo;

b) se preste a cualquier finalidad particular que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias se desprenda que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor.

c) posea las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) esté envasada o embalada de la manera acostumbrada para tales mercaderías.

2. El vendedor no será responsable de falta alguna de conformidad con la mercadería con arreglo a los incisos a) a d) del párrafo 1 del presente artículo, si en el momento de la celebración del contrato el comprador conocía, o no podía desconocer, tal falta de conformidad.

Artículo 34

1. El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad existente en el mo-

mento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando tal falta sólo resulte evidente después de ese momento.

2. El vendedor también es responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo 1 del presente artículo y que se deba al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, inclusive el incumplimiento de cualquier garantía expresa de que la mercadería seguirá prestándose a sus finalidades ordinarias o a alguna finalidad particular, o de que conservará durante un periodo determinado las cualidades o características especificadas.

Artículo 35

Si el vendedor ha entregado mercaderías antes de la fecha fijada para la entrega, podrá, hasta esa fecha, entregar la parte que falte, subsanar cualquier deficiencia en la cantidad de mercaderías entregadas, entregar mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, o subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías que haya entregado, siempre que el ejercicio de tal derecho no cause al comprador inconvenientes o gastos excesivos. El comprador conservará todo derecho a exigir daños y perjuicios, como se prevé en la presente Convención.

Artículo 36

1. El comprador deberá examinar la mercadería o hacerla examinar dentro de un plazo tan breve como lo permitan las circunstancias de que se trate.

2. Si el contrato implica el transporte de la mercadería, el examen podrá aplazarse hasta que dicha mercadería haya llegado a su lugar de destino.

3. Si el comprador ha reexpedido la mercadería sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarla y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que la mercadería haya llegado a su nuevo destino.

Artículo 37

1. El comprador perderá el derecho de prevalerse de una falta de conformidad de la mercadería si no la comunica al vendedor, especifi-

cando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

2. En todo caso, el comprador perderá el derecho de prevalerse de una falta de conformidad de la mercadería si no la comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados a partir de la fecha de la entrega efectiva de la mercadería al comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual.

Artículo 38

El vendedor no podrá prevalerse de lo dispuesto en los artículos 36 y 37 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía desconocer y que no haya revelado al comprador.

Artículo 39

1. El vendedor deberá entregar la mercadería libre de cualesquiera derechos o pretensiones de terceros, salvo los basados en la propiedad industrial o intelectual, a menos que el comprador convenga en aceptarla sujeta a tales derechos o pretensiones.

2. El comprador no tendrá derecho a prevalerse de lo dispuesto en el presente artículo si no hace llegar al vendedor una comunicación en la que especifique la naturaleza de los derechos o pretensiones de esos terceros dentro de un plazo razonable a partir del momento en que tuvo o debió haber tenido conocimiento de su existencia.

Artículo 40

1. El vendedor deberá entregar la mercadería, libre de cualesquiera derechos o pretensiones de terceros, basados en la propiedad industrial o intelectual, que el vendedor conocía o no podía desconocer en el momento de la celebración del contrato, siempre que esos derechos o pretensiones estén basados en la propiedad industrial o intelectual:

a) con arreglo a la ley del Estado en el que se va a revender o utilizar de otro modo la mercadería, si, en el momento de la celebración del contrato, las partes han previsto tal reventa o utilización en ese Estado; o

b) en cualquier otro caso, con arreglo a la ley del Estado en el que el comprador tenga su establecimiento.

2. La obligación que impone al vendedor el párrafo 1 del presente artículo no se extenderá a los casos en que:

a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conocía o no podía desconocer tales derechos o pretensiones; o

b) tales derechos o pretensiones tengan su origen en el hecho de que el vendedor se ha ajustado a diseños, dibujos y fórmulas técnicos o a otras especificaciones similares proporcionados por el comprador.

3. El comprador no tendrá derecho a prevalerse de lo dispuesto en el presente artículo si no hace llegar al vendedor una comunicación en la que especifique la naturaleza de los derechos o pretensiones de esos terceros dentro de un plazo razonable a partir del momento en que tuvo o debió haber tenido conocimiento de su existencia.

SECCIÓN III. ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL VENDEDOR

Artículo 41

1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le imponen el contrato y la presente Convención, el comprador podrá:

a) ejercer los derechos previstos en los artículos 42 a 48;

b) reclamar daños y perjuicios en los casos previstos en los artículos 70 a 73.

2. El comprador no quedará privado de ningún derecho que pueda tener a reclamar daños y perjuicios aunque ejerza, con arreglo a su derecho, otras acciones.

3. Cuando el comprador ejerza una acción por incumplimiento del contrato, ni el juez ni el tribunal arbitral podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.

Artículo 42

1. El comprador podrá exigir del vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que el comprador haya ejercido una acción incompatible con esa exigencia.

2. Si la mercadería no es conforme al contrato, el comprador sólo podrá exigir la entrega de una mercadería sustitutiva cuando la falta de conformidad constituya un incumplimiento esencial y la petición de mercadería sustitutiva se formule en relación con la comunicación que se haga conforme al artículo 37 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

Artículo 43

1. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para que el vendedor cumpla sus obligaciones.

2. A menos que el comprador haya recibido notificación del vendedor de que éste no ejecutará el contrato en el plazo fijado conforme a lo previsto en el párrafo anterior, el comprador no podrá, durante ese plazo, ejercer acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello ningún derecho que pueda tener a reclamar daños y perjuicios por demora en la ejecución.

Artículo 44

1. A menos que el comprador haya declarado resuelto el contrato conforme al artículo 45, el vendedor podrá subsanar a su propia costa, incluso después de la fecha de entrega, todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora tal que constituya un incumplimiento esencial del contrato y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. El comprador conservará todos sus derechos a reclamar daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

2. Si el vendedor pide al comprador que le comunique si acepta la ejecución del contrato y el comprador no atiende la petición dentro de un plazo razonable, el vendedor podrá ejecutar el contrato dentro del plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, dentro de ese plazo, ejercer acción alguna que sea incompatible con la ejecución del contrato por el vendedor.

3. Cuando el vendedor comunique que ejecutará el contrato dentro de un plazo especificado, se presumirá que pide al comprador que le comunique su decisión conforme al párrafo 2 del presente artículo.

4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme a los párrafos 2 y 3 del presente artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

Artículo 45

1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le imponen el contrato y la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) si el vendedor no ha entregado la mercadería dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 43, o si ha declarado que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.

2. Sin embargo, en los casos en que el vendedor haya efectuado la entrega, el comprador perderá su derecho a declarar resuelto el contrato si no lo ha hecho dentro de un plazo razonable:

a) respecto de una entrega tardía, después de que haya sabido que se ha efectuado la entrega; o

b) respecto de cualquier incumplimiento distinto de la entrega tardía, después del momento en que tuvo o debió haber tenido conocimiento de tal incumplimiento, o después de expirado el plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 43, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 46

Si la mercadería no es conforme al contrato e independientemente de que se haya pagado o no el precio, el comprador podrá declarar la reducción de éste en la misma proporción que exista entre el valor que la mercadería entregada realmente había tenido en el momento de la celebración del contrato y el que habría tenido en ese momento una mercadería conforme al contrato. Sin embargo, si el vendedor subsana cualquier incumplimiento conforme a dicho artículo, la declaración de reducción del precio hecha por el comprador no surtirá efectos.

Artículo 47

1. Si el vendedor sólo entrega parte de la mercadería o si sólo parte de la mercadería entregada es conforme al contrato, se aplicarán las disposiciones de los artículos 42 a 46 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.

2. El comprador sólo podrá declarar la resolución del contrato en su totalidad si el incumplimiento de la obligación de efectuar una entrega total o conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.

Artículo 48

1. Si el vendedor entrega la mercadería antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rechazar esa entrega.

2. Si el vendedor entrega una cantidad mayor que la prevista en el contrato, el comprador podrá aceptar o rechazar la cantidad que exceda de la prevista. Si el comprador acepta la totalidad o parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.

CAPÍTULO III. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.

Artículo 49

El comprador deberá pagar el precio de la mercadería y proceder a su recepción en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I. PAGO DEL PRECIO

Artículo 50

La obligación del comprador de pagar el precio comprende la adopción de las medidas y el cumplimiento de las formalidades que puedan requerirse con arreglo al contrato o a cualesquiera leyes o reglamentos para que se pueda efectuar ese pago.

Artículo 51

Si el contrato ha sido válidamente celebrado sin que en él se haya fijado el precio ni se haya estipulado expresa o tácitamente un medio para determinarlo, el comprador deberá pagar el precio generalmente cobrado por el vendedor en el momento de la celebración del contrato. Si no se puede determinar ese precio, el comprador deberá pagar el precio cobrado generalmente en aquel momento por las mismas mercaderías vendidas en circunstancias semejantes.

Artículo 52

Cuando el precio se fije en función del peso de la mercadería, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

Artículo 53

1. Si el comprador no está obligado a pagar el precio en ningún otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor:

a) en el establecimiento del vendedor; o
b) si el pago debe hacerse contra entrega de la mercadería o de documentos, en el lugar en que se efectúe dicha entrega.

2. El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago motivado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

Artículo 54

1. El comprador deberá pagar el precio cuando el vendedor, conforme al contrato y a la presente Convención, ponga a su disposición la mercadería o los documentos que permitan disponer de ella. El vendedor podrá hacer que el pago constituya una condición para la entrega de la mercadería o de los documentos.

2. Si el contrato implica el transporte de la mercadería, el vendedor podrá expedirla estipulando que la mercadería o los documentos que permitan disponer de ella sólo se entregarán al comprador contra el pago del precio.

3. El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar la mercadería, a menos que los procedimientos convenidos por las partes para la entrega o el pago sean incompatibles con tal posibilidad.

Artículo 55

El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada, o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de ninguna clase de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

SECCIÓN II. RECEPCIÓN

Artículo 56

La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y
b) en hacerse cargo de la mercadería.

SECCIÓN III. ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
POR EL COMPRADOR

Artículo 57

1. Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le imponen el contrato y la presente Convención, el vendedor podrá:

- a) ejercer los derechos previstos en los artículos 58 a 61;
- b) reclamar daños y perjuicios en los casos previstos en los artículos 70 a 73.

2. El vendedor no quedará privado de ningún derecho que pueda tener a reclamar daños y perjuicios, aunque ejerza, con arreglo a su derecho, otras acciones.

3. Cuando el vendedor ejerza una acción por incumplimiento del contrato, ni el juez ni el tribunal arbitral podrá conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Artículo 58

El vendedor podrá exigir del comprador que pague el precio, reciba la mercadería o cumpla las demás obligaciones que le corresponden, a menos que el vendedor haya ejercido una acción incompatible con esa exigencia.

Artículo 59

1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para que el comprador cumpla sus obligaciones.

2. A menos que el vendedor haya recibido notificación del comprador de que éste no ejecutará el contrato en el plazo fijado conforme a lo previsto en el párrafo anterior, el vendedor no podrá, durante ese plazo, ejercer acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello ningún derecho que pueda tener a reclamar daños y perjuicios por demora en la ejecución.

Artículo 60

1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

- a) si el cumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le imponen el contrato y la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) si el comprador no ha cumplido su obligación de pagar el precio o no se ha hecho cargo de la mercadería dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 59, o si ha declarado que no lo hará dentro del plazo así fijado.

2. Sin embargo, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá su derecho a declarar resuelto el contrato si no lo ha hecho:

a) respecto de la ejecución tardía por el comprador, antes de que el vendedor tenga noticia de que se ha efectuado la ejecución; o

b) respecto de cualquier incumplimiento distinto de la ejecución tardía, dentro de un plazo razonable a partir de la fecha en que el vendedor tuvo o debió haber tenido conocimiento de tal incumplimiento, o dentro de un plazo razonable después de expirado el plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 59 o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 61

1. Si corresponde al comprador, según el contrato, especificar la forma, las dimensiones u otras características de la mercadería y no hace tal especificación, ya sea en la fecha convenida, ya dentro de un plazo razonable después de haber recibido una petición del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le puedan corresponder, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que puedan serle conocidas.

2. Si el vendedor hace la especificación él mismo, deberá informar de los detalles de ésta al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si el comprador no se prevale de esta posibilidad después de recibida la comunicación, la especificación hecha por el vendedor tendrá carácter obligatorio.

CAPÍTULO IV. DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES
DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

SECCIÓN I. INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS
DE EJECUCIÓN SUCESIVA

Artículo 62

1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si resulta razonable hacerlo debido a que con posteriori-

dad a la celebración del contrato, un grave deterioro de la capacidad de la otra parte para ejecutarlo o de su solvencia, o su comportamiento al prepararse para ejecutar el contrato o al ejecutarlo efectivamente, constituyen buenos motivos para inferir que esa otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones.

2. Si el vendedor ha expedido la mercadería antes de que sean evidentes los motivos descritos en el párrafo 1 del presente artículo, podrá oponerse a la entrega de la mercadería al comprador, incluso si éste es tenedor de un documento que le permita obtenerla. El presente párrafo se refiere únicamente a los derechos del comprador y del vendedor sobre la mercadería.

3. La parte que, antes o después de expedida la mercadería, difiera la ejecución del contrato deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá continuar la ejecución del contrato si esa otra parte otorga garantías suficientes de cumplirlo.

Artículo 63

Si, con anterioridad a la fecha de ejecución del contrato, resulta claro que una de las partes va a incurrir en incumplimiento esencial, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato.

Artículo 64

1. En los contratos que establezcan entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte buenos motivos para concluir que va a producirse un incumplimiento esencial en relación con futuras entregas, esta última parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.

3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declarar resuelto el contrato respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pueden utilizarse para el fin previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

SECCIÓN II. EXONERACIÓN

Artículo 65

1. Una parte no será responsable del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esto se ha debido a un impedimento que escapaba a su control y si no cabía razonablemente esperar que lo tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato, o que lo evitase o subsanase, o que evitase o subsanase sus consecuencias.

2. Si el incumplimiento de una de las partes se debe al de un tercero al que haya encargado, total o parcialmente, la ejecución del contrato, esa parte sólo quedará exenta de responsabilidad si está exonerada conforme a lo supuesto en el párrafo 1 del presente artículo y si el tercero, encargado de la ejecución, hubiera quedado también exonerado en el caso de que se la aplicase lo dispuesto en ese párrafo.

3. La exoneración prevista en el presente artículo sólo surte efectos durante el periodo de existencia del impedimento.

4. La parte que no haya cumplido su obligación debe notificar a la otra parte el impedimento y el efecto de éste sobre su capacidad de cumplirla. Si la comunicación no es recibida dentro de un plazo razonable después del momento en que la parte que no haya cumplido tuvo o debió haber tenido conocimiento del impedimento, dicha parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recibo.

5. Nada de lo dispuesto en el presente artículo impedirá a ninguna de las partes ejercer cualquier derecho distinto del de reclamar daños y perjuicios con arreglo a la presente Convención.

SECCIÓN III. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Artículo 66

1. En virtud de la resolución del contrato, las dos partes quedarán liberadas de sus obligaciones, quedando a salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a ninguna de las disposiciones del contrato relativas al arreglo de controversias, ni a ninguna otra disposición del contrato que regule los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes como resultado de la resolución del contrato.

2. Si una parte ha cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar de la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado en virtud del contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, deberán realizar simultáneamente la restitución.

Artículo 67

1. El comprador perderá su derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir del vendedor la entrega de una mercadería sustitutiva cuando le sea imposible restituir la mercadería en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que lo haya recibido.

2. El párrafo 1 del presente artículo no se aplicará:

a) si la imposibilidad de restituir la mercadería o de restituirla en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que la haya recibido no es debida a un acto o una omisión del comprador;

b) si la mercadería o una parte de ella ha perecido o se ha deteriorado como consecuencia del examen previsto en el artículo 36; o

c) si la mercadería o una parte de ella se ha vendido en el curso normal de operaciones comerciales, o si el comprador la ha consumido o transformado utilizándola normalmente antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad.

Artículo 68

El comprador que, conforme al artículo 67, haya perdido el derecho a declarar la resolución del contrato o a exigir al vendedor que entregue una mercadería sustitutiva conservará todas las demás acciones que le correspondan.

Artículo 69

1. Si está obligado a restituir el precio, el vendedor deberá pagar, además, los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya pagado el precio.

2. El comprador deberá rendir cuentas al vendedor de todos los beneficios que haya obtenido de la mercadería o de una parte de ella:

a) si tiene que restituir la mercadería o una parte de ella;

b) si le es imposible restituir toda la mercadería o una parte de ella, o restituir toda la mercadería o una parte de ella en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que la haya recibido, pero ha declarado resuelto el contrato o ha exigido del vendedor que entregue una mercadería sustitutiva.

SECCIÓN IV. DAÑOS Y PREJUICIOS

Artículo 70

Los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por una de las partes consistirán en una suma igual a la pérdida, incluido el lucro cesante, sufrida por la otra parte como consecuencia de ese incumplimiento. Dichos daños y perjuicios no podrán exceder de la pérdida que la parte que incumpla haya previsto o debía haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos y elementos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Artículo 71

Si se resuelve el contrato y, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador compra una mercadería sustitutiva, o el vendedor revende la mercadería, la parte que reclame daños y perjuicios podrá obtener la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio estipulado en la operación sustitutiva y cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 70.

Artículo 72

1. Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de la mercadería, la parte que reclame daños y perjuicios podrá, si no ha hecho una compra o reventa con arreglo al artículo 71, recuperar la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio corriente en el momento en que primero tuviera derecho a declarar resuelto el contrato y cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 70.

2. A efectos del párrafo 1 del presente artículo, el precio corriente será el prevaleciente en el lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de la mercadería, o, si no hay precio corriente en tal lugar, el precio en otro lugar que pueda sustituirlo razonablemente, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de la mercadería.

Artículo 73

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida resultante de dicho incumplimiento, incluido el lucro cesante. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización por daños y perjuicios en la cantidad en que debía haberse reducido la pérdida.

SECCIÓN V. CONSERVACIÓN DE LA MERCADERÍA

Artículo 74

Si el comprador se retrasa en proceder a la recepción de la mercadería y el vendedor está en posesión de ella o, sin estarlo, puede controlar su disposición, el vendedor deberá tomar las medidas razonables, atendidas las circunstancias para su conservación. Podrá retenerla hasta que haya sido indemnizado por el comprador de los gastos razonables que haya efectuado.

Artículo 75

1. Si el comprador ha recibido la mercadería y tiene la intención de rechazarla, deberá tomar las medidas razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. Podrá retenerla hasta que haya sido indemnizado por el vendedor de los gastos razonables que haya efectuado.

2. Si la mercadería expedida al comprador ha sido puesta a su disposición en su lugar de destino y el comprador ejerce el derecho de rechazarla, deberá tomar posesión de ella por cuenta del vendedor, siempre que pueda hacerlo sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de la mercadería esté presente en el lugar de destino.

Artículo 76

La parte que esté obligada a tomar medidas para la conservación de la mercadería podrá depositarla en los almacenes de un tercero a costa de la otra parte, siempre que los gastos que efectúe no sean excesivos.

Artículo 77

1. La parte que esté obligada a conservar la mercadería conforme a los artículos 74 ó 75 podrá venderla por cualquier medio apropiado, si la otra parte ha retrasado sin razón la toma de posesión de la mercadería, la aceptación de la mercadería o el pago de los gastos de conservación y siempre que notifique a esa otra parte su intención de vender.

2. Si la mercadería está expuesta a pérdida o deterioro rápidos, o su conservación acarrea gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservar la mercadería conforme a los artículos 70 ó 75 deberá adoptar medidas razonables para venderla. En la medida de lo posible deberá notificar a la otra su intención de vender.

3. La parte que venda la mercadería tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y de su venta. Dicha parte deberá acreditar el saldo a la otra parte.

CAPÍTULO V. TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Artículo 78

La pérdida o el deterioro sufridos por la mercadería una vez que el riesgo se haya transmitido al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 79

1. Si el contrato de compraventa implica el transporte de la mercadería y el vendedor no está obligado a entregarla en un lugar de destino determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento de la entrega de la mercadería al primer porteador para que ésta la transmita al comprador. Si el vendedor está obligado a entregar la mercadería a un porteador en un lugar determinado que no sea el lugar de destino, el riesgo no se transmitirá al comprador antes de que la mercadería sea entregada al porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener documentos que controlen la disposición de la mercadería no afectará a la transmisión del riesgo.

2. Sin embargo, si la mercadería no está claramente marcada con una dirección ni de otro modo identificada en el contrato, el riesgo no

se transmitirá al comprador hasta que el vendedor le envíe un aviso de expedición en el que se especifique la mercadería.

Artículo 80

El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito será asumido por el comprador a partir del momento de la entrega de la mercadería al porteador que expida los documentos que controlen su disposición. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de que la mercadería se había perdido o deteriorado y no ha revelado tal circunstancia al comprador, el riesgo de tal pérdida o deterioro recaerá sobre el vendedor.

Artículo 81

1. En los casos no comprendidos en los artículos 79 y 80, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de la mercadería o, si no lo hace a su debido tiempo, a partir del momento en que la mercadería se ponga a su disposición y él incurra en incumplimiento del contrato por no hacerse cargo de ella.

2. Si se requiere, sin embargo, al comprador para que se haga cargo de la mercadería en un lugar distinto de cualquier establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que la mercadería está a su disposición en ese lugar.

3. Si el contrato se refiere a la compraventa de una mercadería que esté aún por determinar, no se considerará que la mercadería ha sido puesta a disposición del comprador hasta que haya sido claramente identificada en relación con el contrato.

Artículo 82

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 79, 80 y 81 no perjudicarán las acciones de que disponga el comprador como consecuencia de ese incumplimiento.

III. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

No pretende ser esto una bibliografía acerca de la convención sobre compraventa internacional de mercaderías, sino tan sólo una guía para orientar al lector acerca de obras, accesibles al lector mexicano, que le permitirán profundizar en el tema.

1. OBRAS GENERALES

Bianca, C. M. y Bonell, M. J., *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*. Giuffre, Milan, 1987, 886 pp.

El volumen comprende un conjunto de estudios, escritos por diversos autores, sobre cada uno de los artículos de la convención. Todos los estudios siguen un mismo esquema: primero analizan la historia del artículo que comentan, luego describen su significado y alcance, y finalizan poniendo de relieve los problemas a que puede dar lugar su aplicación. Los autores son todos personas de reconocida autoridad en la materia, y fueron de algún modo partícipes en la elaboración del texto de la convención; algunos fueron miembros del grupo de trabajo de UNCITRAL, que preparó el proyecto, otros fueron representantes de sus gobiernos a la conferencia de Viena que aprobó el texto. Contiene además las seis versiones oficiales de la convención, en árabe, chino, francés, español, inglés y ruso, y dos traducciones, una en alemán y otra en italiano. Al final proporciona una abundante bibliografía, tanto sobre las convenciones de La Haya de 1964, como sobre la convención de 1980.¹

Coloquio Internacional de Derecho Mercantil, "La Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 11 a 209, México.

¹ Una bibliografía más completa proporciona Will, M. R., *Internationale Bibliographie zum UN-Kaufrecht*, zweiten Auflage, Europa-Institut, Universität des Saarlandes, 1989.

El coloquio fue organizado por Jorge Barrera Graff, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el mes de julio de 1981. El volumen del *Anuario Jurídico* recoge las ponencias presentadas en el coloquio, que se refiere a temas específicos tratados en la convención; abajo se dan las fichas de todos los trabajos aquí reunidos.

Honnold, J. O., *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*. (Convención de las Naciones Unidas de 1980). Traducido por F. Sánchez Calero y M. Olivencia Ruiz, Madrid, E. Revista de Derecho Privado, 1987, 641 pp.

La obra es un comentario, que sigue el orden de la convención, de cada uno de sus artículos. Precede al comentario una "Panorámica General" sobre la convención, en la que se describe su origen y sus características relevantes. El autor fue Secretario de UNCITRAL de 1969 a 1974, de modo que conoció pormenorizadamente el trabajo para la elaboración del proyecto de convención. Su estilo, propio de los juristas del *Common Law*, es casuístico, por lo que incluye muchos ejemplos o casos imaginarios para explicar el texto de la convención. Como apéndices, se ofrecen los textos españoles de las convenciones de La Haya, del proyecto de convención preparado por UNCITRAL y de la convención de Viena de 1980, y además un útil cuadro de conferencias de los artículos de la convención de 1980 con los artículos correspondientes en los documentos anteriores.

2. ARTÍCULOS PUBLICADOS EN MÉXICO

Adame Goddard, J., "La regla *periculum est emptoris* aplicada a la compraventa internacional de mercaderías", en *Anuario Jurídico*, XI, 1984, pp. 237-249.

—, "La obligación del vendedor de entregar las mercancías, según la Convención de Viena, interpretada a la luz del Derecho romano clásico", en *Estudios Jurídicos en memoria de Roberto Mantilla Molina*, Porrúa, 1984, pp. 47-60.

—, "La responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías en la compraventa internacional. Una interpretación romanística", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, 1986, páginas 15-38.

Barrera Graff, J., "Las compraventas internacionales de mercaderías", en *El Foro*, 4, 1976, pp. 41 y ss.

—, "Ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de la Facultad*

de Derecho de México, XXIX, 114, oct.-dic. de 1979, y reproducido en Barrera Graff, J., *Temas de Derecho Mercantil*, UNAM, 1983, pp. 133-149.

—, "La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho mexicano: Estudio comparativo", en *Jurídica*, 13, II, 1981, pp. 925-951; reproducido en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 141-163, y en Barrera Graff, J., *Temas de Derecho Mercantil*, UNAM, 1983, pp. 149-176.

—, "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 16, 1983, pp. 889-891.

—, "Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías. Concordancias de los artículos 85 a 88 con otros textos", en Barrera Graff, J., *Temas de Derecho Mercantil*, UNAM, 1983, pp. 177 a 188.

—, "Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías. Comentarios de los artículos 85 a 88", en *Anuario Jurídico*, XI, 1985, pp. 271-292.

Cervantes Ahumada, R., "La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y las compraventas combinadas. (Crítica a la convención)", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 133-140.

Díaz Bravo, A., "En torno al concepto de lo "razonable" en la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 103-110.

Galindo Garfias, I., "Del incumplimiento del contrato de compraventa en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 59-72.

Honnold, J., "Interpretación de la Convención de 1980 sobre compraventas, uniformidad, buena fe, lagunas y derecho interno", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 111-132.

Labariega, P., "Las obligaciones del vendedor en el derecho positivo mexicano y en la Convención de Viena sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Estudio comparativo", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 189-209.

Loewe, R., "Campo de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías y problemas de derecho internacional privado y conexos", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 19-30.

Mantilla Molina, R., "La Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Viena, 1980", en *Memoria del VII Simposio sobre el arbitraje comercial internacional y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, IMCE, s. a.

—, "La formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 165-176.

Olivencia Ruiz, M., "Derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de riesgos en la Convención", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 73-96.

Orrico de la Vega, H., "La compraventa internacional y el arbitraje comercial internacional", en *Revista Mexicana de Justicia*, II, 4, oct.-dic. de 1984.

Plantard, J. P., "Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 97-102.

—, "Las obligaciones del comprador según la CVIM", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 181-188.

Sánchez Cordero, J., "La responsabilidad contractual en el derecho positivo mexicano y en la Convención", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 177-180.

Vázquez Pando, F., "Comentarios a la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías a la luz del derecho mexicano", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 31-58.

Vis, W. C., "Aspectos de los contratos de compraventa internacional de mercaderías no comprendidos por la convención de Viena de 1980", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 11-18.

MISCELÁNEA

ISAAC GUZMÁN VALDIVIA

NOTA NECROLÓGICA

El pasado 25 de diciembre de 1988 falleció don Isaac Guzmán Valdivia, quien fuera profesor de Sociología en la Escuela Libre de Derecho desde 1950, por más de treinta años.

Fue don Isaac un hombre de ideas y convicciones, que vivió dedicado principalmente a la vida académica. En sus numerosas obras escritas se advierte una coherencia íntima, no obstante que entre la primera y la última median más de cuarenta años. Cambió su estilo, cambió su tono apasionado y beligerante de sus primeras obras, publicadas en los años cuarentas, cuando el ambiente intelectual de México estaba profundamente ideologizado, por un tono mesurado y cordial. Pero todos sus libros reflejan los principios fundamentales de su pensamiento, tomados de la filosofía neotomista: la justicia, el bien común, la persona humana, el orden natural de la sociedad, la caridad y la solidaridad. Y en todos refleja también una preocupación central que fue claramente expresada en el título de su primer libro (1939): *El destino de México*.¹

Una de sus principales aportaciones al pensamiento mexicano fue el hacer un estudio metafísico u ontológico de la sociedad, con lo que superaba el positivismo que desde el siglo pasado había dominado los estudios sociológicos en México. Distinguió claramente entre el análisis de los hechos sociales, la reflexión filosófica o metafísica de la sociedad, y la ética o moral social. Al sociólogo, precisaba, le corresponde el análisis de los hechos, pero no le toca definir los fines de la sociedad, ni las políticas adecuadas para conseguirlos. A la metafísica social le toca el análisis del ser social, por sus últimas causas, y a la ética social, partiendo de lo que la sociedad en esencia es, partiendo de la metafísica, le corresponde definir el fin o bien de la sociedad, así como los criterios para distinguir las conductas que lo favorecen o contrarían. Con esta distinción anulaba la pretensión de la sociología empírica de imponer como principal criterio de ordenación social los hechos mis-

¹ Puede verse una relación de su obra escrita en *70 Aniversario. Escuela Libre de Derecho*, México, 1982. A las obras ahí mencionadas, debe añadirse *Reflexiones en torno al Orden Social*, México, Jus, 1983.

mos. Por encima de ellos, diría Guzmán Valdivia, están el ser y el bien como principios rectores. La Ciencia que debía conjuntar los conocimientos de esas tres disciplinas, con el objeto de procurar la reforma y el progreso social, era la Ciencia de la Dirección Social, a la cual dedicó importantes páginas de sus últimos libros.

Supo vivir con profundidad su tiempo. Se percató de que el país se encontraba en una situación crucial. Tenía que asumir el progreso tecnológico, la diversificación de los grupos sociales dentro de la sociedad (la llamada "sociedad pluralista"), la economía de consumo masivo, la interdependencia de los países entre sí. Sabía que la inclusión de México en estas corrientes, su modernización, como se diría en estos días, era algo necesario y esperanzador en cuanto podría significar mayor riqueza que repartir con justicia. Pero sabía que esto no era todo. Que no bastaba con que el país fuera rico, que no era el destino de México ser una más entre las sociedades industriales del primer mundo. Anhelaba un progreso integral, en que la economía, la política, la ciencia y el arte estuvieran al servicio del hombre, y el hombre al servicio de Dios. Así lo expresa el título de otro de sus libros: *Humanismo trascendental y desarrollo*.

La existencia tenía para él un signo trágico, no en el sentido de que fuera gobernada por un destino irracional y ciego (como en la tragedia griega), sino en cuanto significaba una lucha por poner luz donde hay tinieblas que parecen invencibles. "En estas reflexiones —comienza diciendo en el prólogo de su último libro— el lector ha de encontrar un trasfondo doloroso como es el desorden social impregnado de injusticia, de egoísmo, de mentira y de arbitrariedad. Son las características del convivir actual en este país y en otros muchos". Pero inmediatamente después de este párrafo, que alguien podría decir que es propio de un hombre de edad, desengañado, pesimista, escribió este otro lleno de juventud: "Pero también encontraría una firme esperanza de reconstrucción social fundada en la perennidad de los valores trascendentes de una auténtica civilización cristiana". Hacía así, en el terreno de las ideas, una lucha realista y esperanzada.

Don Isaac siempre dio clases. La cátedra fue para él, como su trinchera. No venía a lucirse, ni nada más a enseñar lo mucho que sabía; también venía a formar combatientes, a formar hombres y mujeres que, como él, se lanzaran a luchar de por vida para que México fuera un país donde habitaran los mejores hombres y mujeres posibles. Descanse en paz.

EN MEMORIA DE DON ISAAC GUZMÁN VALDIVIA

Mauro GONZÁLEZ LUNA *

Vengo en nombre de la Escuela Libre de Derecho a cumplir un deber: honrar la memoria de un grande entre los más: Isaac Guzmán Valdivia.

Un destino singular lo condujo por caminos de ejemplar y jubilosa elevación. La muerte apagó una de las voces más elocuentes de la filosofía católica del México contemporáneo, la que engendraba en los espíritus el interés por la verdad y el bien.

Enmudeció su voz mortal, pero nos queda a todos su ejemplo, el de su vida austera, el de su conducta limpia y serena; nos queda el esplendor de su honradez, el recuerdo y las enseñanzas de su magisterio sin par, de su labor de Maestro.

Eso fue de modo excelente, Maestro de generaciones en el arte de la claridad del pensamiento y la rectitud de la conducta. Enseñar a la juventud como él lo hizo es mojar y batir el barro nuevo de donde saldrán los moldes del México anhelado. El Maestro seguirá viviendo no sólo en las páginas añorantes de sus libros, también en la savia joven de sus discípulos.

No recordamos en él desfallecimiento ni desviación. Era indudablemente una consumada realización de sus convicciones morales. En el escenario de su vida rescató la fórmula olvidada: la identidad entre la doctrina que se pregona y la doctrina que se practica, pensamiento y acción en alianza única, el metal del alma acuñándose en realidades; palabra y ejemplo: ecuación reveladora de la cual resultó la congruencia de su vida y de su obra y el prestigio de individualidad selecta, alma de privilegio.

No padeció la dolencia moderna que anula y frustra esfuerzos casi hechos fragua: la antinomia entre el hombre y sus actos. Cuánto le importaba al Maestro abrir paso a lo real y substancial sobre lo aparente y decorativo. Cómo comprendió que es en vano afirmar la dig-

* Discurso pronunciado por su autor en el homenaje tributado a don Isaac Guzmán Valdivia en la Escuela Libre de Derecho el 6 de febrero de 1989.

nidad el hombre si no se trabaja en transformar las condiciones que lo oprimen.

Al término de la dialéctica del immanentismo de la civilización antropocéntrica de este jirón de la historia que nos ha tocado vivir, el hombre que hoy atisba azorado los umbrales del siglo XXI, se encuentra frente a dos posiciones irreconciliables: el ateísmo y el cristianismo en su doble vertiente: la barthiana caracterizada por un retorno al pesimismo primitivo de los luteranos y la aristotélico-tomista, la del catolicismo que encuentra sus armas conceptuales en Tomás de Aquino.

La obra toda de Guzmán Valdivia se funda en la roca del tomismo. La Filosofía de Tomás de Aquino, dice Chesterton, comparada con otras filosofías como la budista y la monista, es definitivamente un sistema práctico y batallador, saturado de sentido común y de confianza constructiva y lleno por consiguiente de esperanzas y promesas.

En la tensión de las crisis decisivas, cuando el mundo se conjura contra el hombre, no hay personas más optimistas que las que miran confiadas hacia Tomás de Aquino. La reflexión de la esperanza basada en la solidez del ser, vibra en todos los libros de Guzmán Valdivia.

Tender puentes entre la realidad y la mente es una de las tareas permanentes del filósofo de la filosofía eterna. Si hay puentes hay esperanza. Si no los hubiera el hombre sería sólo una isla.

El saber del humanismo trascendental del Maestro, es un saber de reconstrucción, porque asume el compromiso de fijar rutas y destinos, de defender y rehacer las verdades de la civilización occidental, desfiguradas por cuatro siglos de immanentismo y antropocentrismo.

Frente al falso humanismo que mutila la naturaleza humana, afirma categóricamente el humanismo integral, teocéntrico, enraizado donde el hombre tiene sus raíces, el humanismo transfigurador de la Encarnación.

La antropología metafísica fue punto de partida de su doctrina acerca de la sociedad y del Derecho, en el sentido de que es necesario abarcar la dimensión ontológica del hombre para comprender cabalmente la persona y su mundo, para no convertir al hombre en simulacro doloroso de humanidad.

La vocación del hombre perfilada en su naturaleza es norte y medida del Derecho. En su libro "Reflexiones en torno a lo Social", Guzmán Valdivia confirma lo dicho en su cátedra inolvidable: El orden jurídico carece hoy de un fundamento moral. Es juridismo sin

alma, muleta que sostiene precariamente el organismo social. No reconoce este orden jurídico que su justificación radica en los principios esenciales de la moral social que es expresión de la ley natural y cimiento a su vez del Derecho. Y no lo reconce como consecuencia del desconocimiento soberbio de la intervención de Dios en la Historia.

El orden jurídico para que sea eficaz fundamento del orden social, enseña al Maestro, necesita admitir su dependencia y subordinación respecto al orden moral. Si no lo hace servirá sólo para apuntalar un falso equilibrio entre las fuerzas que actúan en la convivencia, creándose un estado de permanente tensión, porque el cumplimiento de las leyes se hace posible únicamente, en tal caso, con la amenaza o la aplicación de una pena.

El hombre nuevo del humanismo de Guzmán Valdivia prefigura la transformación del Derecho y el surgimiento de una civilización nueva en la que el hombre no será un instrumento para el hombre.

Dios, Justicia y Patria se confundían para él con la causa de la libertad. En sus clases, en sus libros, se transfiguraba al hablar de México.

Puso en su libro "Los Valores de Nuestra Nacionalidad", todo su corazón. Lo escribió con el tomo de un alegato, como si estuviera ante el tribunal de la Historia, defendiendo a la Patria de los que la habían hecho pedazos, según sus propias palabras.

Con su visión de filósofo captó los perfiles de los antecedentes y de los desenlaces de nuestra crisis. El Drama de la historia de México, no es otra cosa que el drama de la ruptura de sus raíces. ¿En qué plasma debemos buscar el impulso necesario para elevar del polvo al pueblo y reconstruir su destino? El Maestro siempre respondió con imperturbable sinceridad, en los valores de nuestra nacionalidad.

México nació al conjuro de dos fuerzas, del encuentro de dos personalidades: la india y la española fundidas en un acto de creación de un pueblo nuevo. Los valores del humanismo trascendental, saturados de catolicismo hasta la médula, se insertaron, como injerto, en la realidad de la Nación. Ser fieles al destino, a la vocación de México, es uno de sus mensajes postreros. Reencontrar nuestras raíces para encontrarnos a nosotros mismos en la verdadera historia.

Su último libro, "Nuestro Destino Espiritual", anuncia tiempos y criterios nuevos. Después de abismarse en las causas y efectos del naufragio social, sale como Dante, el gran Florentino, a ver de nuevo las estrellas, a verlas con la luz de su humanismo trascendente, que pro-

clama la alianza insobornable entre la Fe y la Historia, entre Dios y el Pueblo.

Debo terminar, la Escuela paga su tributo al Maestro ido. Un sentimiento de orfandad perdurará en sus discípulos. Nos queda su ejemplo, sus anhelos y pensamientos hechos doctrina jubilosa. Sabemos que por su mentalidad serena y equilibrada será para sus seguidores un clásico, por su temperamento noble, generoso y entusiasta fue un romántico, por su proceder digno y decoroso fue siempre un caballero. Maestro en la auténtica dimensión del concepto.

Maestro:

Desde esta patria, asamblea de tumbas y de cunas, con la certeza de que para usted como para Juan Crisóstomo la muerte fue su victoria, los alumnos, los maestros y los amigos de esta Escuela lo saludan llenos de esperanza y agradecimiento.

MORATORIA: SUS BASES JURÍDICAS SE ENCUENTRAN EN EL PLAN BRADY

Efraín GÓMEZ CUEVAS

La moratoria es un fantasma que ha empezado a recorrer todos los ámbitos sociales tanto de los países deudores, de la llamada deuda del tercer mundo, como de los propios acreedores.

La verdad es que nos encontramos frente a una cruda realidad que se gestó desde el momento en que se suscribieron los diversos convenios de reestructuración.

En otros términos, la moratoria siempre estuvo insita en el esquema de reestructuración de la deuda, como lo demostraremos en el curso de este ensayo, y lo que estamos constatando ahora es su obvia aparición.

Las consecuencias, de no dar resultado el Plan Brady, se nos presentan también como muy obvias.

Desde un ángulo meramente jurídico operará el principio universal de derecho de que *ad impossibilia nulla obligatio*: a lo imposible nadie está obligado. A su vez, el principio de Derecho internacional público de la autoconservación de los Estados también sentará sus reales como argumento y realidad torales. ¿Justificación moral, social y política? Ochenta y cinco millones de mexicanos están por encima de cualesquiera obligaciones pecuniarias, aun aceptando que la nica responsabilidad de los actos jurídicos realizados hubiere recaído en el país deudor.

Es tan inmediatamente evidente la aseveración anterior que no requiere demostración, al menos entre personas de recta razón que están conscientes en defender los valores más preciados de la especie humana como son la propia subsistencia y el derecho a existir como naciones.

Por venir al caso, y porque las anteriores verdades forman parte de la conciencia universal, citaré sólo un párrafo del eminente tratadista de Derecho internacional público Alfred Verdross:

... un Estado deudor que esté pasando por difíciles situaciones financieras podrá posponer sus pagos y si es necesario hasta disminuir su monto, ya que el cumplimiento de las obligaciones internacionales está limitado por el derecho de sobrevivencia del Estado. (*Derecho internacional público*, Ediciones Aguilar, quinta edición, p. 155.)

Descendiendo a nuestra realidad actual, citaré las reflexiones que sobre este punto nos hiciera Carlos Salinas de Gortari en la toma de posesión como presidente de los Estados Unidos Mexicanos: "... El motor del nuevo crecimiento vendrá en lo fundamental del ahorro interno. Sin embargo, en materia de deuda externa la situación actual impide la recuperación económica, como hasta ahora, transfiriendo al exterior cada año 5% del producto nacional. Esta situación es inaceptable y es insostenible. Evitaré la confrontación, pero *declaro enfáticamente y con convicción que por encima de los intereses de los acreedores está el interés de los mexicanos.*

"La prioridad ya no será pagar, sino volver a crecer.

"Esto no es demagogia, ni advertencia. Es un razonamiento meditado que se desprende de las necesidades de mi pueblo y del enorme esfuerzo que ya hemos realizado. Hemos mostrado seriedad al no pretender traspasar al exterior nuestros errores y hemos corregido deficiencias estructurales. Ahora tenemos que volver a crecer..."

Esta cruda realidad ha sido recibida por los pensadores encargados en el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica de buscar solución al problema y es ya conocido el plan que con fecha 10 de marzo de 1989 propuso el Secretario del Tesoro de ese país, el señor Nicolás F. Brady.

El documento en su estructura hace planteamientos de carácter económico, particularmente financieros. No es un documento jurídico y mucho menos de carácter procesal. No obstante, y dado que todo contrato regula intereses económico-sociales (producción, distribución y circulación de bienes), tales planteamientos centran con toda claridad las causas jurídicas que dieron origen a dichos contratos o, para usar la terminología anglosajona, se refieren a las diversas *Considerations* que subyacen en los mismos.

Un contrato constituye el instrumento idóneo para instituir y asegurar una cierta colaboración entre las partes contratantes para que cada una consiga la realización de sus propios intereses; trae aparejado un comportamiento consistente, tratándose de contratos bilaterales onerosos (como los que nos ocupan), en tener que dar para poder recibir, o como dicen los juristas, es la razón de derecho por

la cual nos obligamos. Un principio general de derecho resume perfectamente los anteriores conceptos de la estructura lógica de estos contratos con el siguiente aforismo: "Nadie puede enriquecerse a costa de otro sin una causa legítima". La *Condictio causa data causa non secuta* de los romanos es eso y nada más; una prestación ha sido otorgada sin que le hubiere seguido una contraprestación. En el caso romano el que otorgó la prestación tenía derecho (como hasta nuestros días) a rescindir el contrato o a exigir el cumplimiento forzoso, independientemente del resarcimiento de los daños y perjuicios.

En este punto *coinciden perfectamente* los códigos de los países del sistema romanista con la figura jurídica de la *Consideration* anglosajona, por lo que sólo agregaremos que en ambos sistemas la causa jurídica, en los términos explicados, y la *Consideration* constituyen un elemento esencial en todos los contratos bilaterales onerosos.

Y bien ¿Cuáles serían las *Considerations* (usaremos de aquí en adelante esta terminología, puesto que los convenios de reestructuración que suscribió México establecen como leyes aplicables las del Estado de Nueva York) que determinaron la celebración de tales contratos y convenios? Veamos:

I. En los contratos originales hubo un dinero efectivamente recibido con la obligación para el deudor de devolverlo con sus intereses dentro de cierto tiempo; en otras palabras, el sacrificio hecho por el acreedor en beneficio del deudor debería tener como contrapartida la devolución del dinero efectivamente entregado más los intereses provenientes de la usura.

Pero, ¿qué sucedió allá por 1981?

Como decíamos en un artículo publicado en *Excelsior* (Sección A, Ideas, 9-Vú-1989), la exagerada afluencia de dólares, producto de un extraordinario ofrecimiento, había llegado a su fin, el cierre de ese flujo que estaba destinado para grandes proyectos trajo como consecuencia inevitable la suspensión de pagos para las naciones deudoras.

Ante esa situación, acreedores y deudores se vieron en la necesidad de reestructurar los contratos originales para dar nacimiento a nuevas *Considerations*.

Los acreedores por una parte, digamos que no pudieron castigar esos créditos, quizá sus legislaciones fiscales no se los permitían. Ante esta coyuntura estaban en peligro de tener que responder con su propio capital por el importe total de esos créditos (recordemos que a un cliente que deposita su dinero en un banco no se le puede negar

la devolución alegando que la persona a quien a su vez se le prestó ese dinero ya no puede devolverlo).

Lo cierto es que los acreedores concibieron un esquema que según ellos los sacaría del problema, consistente en poder conservar tales créditos en calidad de vigentes. ¿Cómo? Mediante la capitalización de intereses vencidos y la prórroga de los plazos de vencimiento originalmente pactados. Entonces para quién fue el salvamento?

¿Y los deudores? Muy simple, la aceptación del esquema significó un aumento anormal de la suerte principal.

Pero para los deudores, concretamente para México, la desgracia no terminó ahí; el esquema de reestructuración contempló, y así quedó plasmado (acuerdo de 3 de marzo de 1983) que el gobierno mexicano tenía que soportar al sector privado en el vencimiento de su deuda externa. (A estas alturas ¡qué lejos estamos ya de las *Considerations* que dieron nacimiento a la deuda original!).

En adición, el esquema de reestructuración también incluyó como deuda a los empréstitos contraídos por las empresas del sector público.

Aún más, la falta de liquidez en dólares de los bancos fue también incorporada a la deuda externa.

Así las cosas ¿con qué rigor crítico podemos darle a la deuda el calificativo de nacional? ¿Acaso las *Considerations* que dieron origen a las distintas relaciones jurídicas no son también diferentes?

II. Después de esta obligada digresión regresamos a las *Considerations* que dieron nacimiento a los convenios de reestructuración posteriores a la deuda original.

En estos convenios, las partes acordaron que ante la imposibilidad del deudor para cumplir oportunamente sus obligaciones, los acreedores, como antes se dijo, capitalizarían los intereses vencidos y prorrogarían los plazos de vencimiento; asimismo, otorgarían nuevos créditos cuyo importe debería destinarse, una parte, a devolverla al acreedor en pago de intereses y otra para sufragar necesidades ingentes.

A estas *Considerations* se añadieron otros sacrificios en beneficio de los acreedores consistentes en conductas a seguir, como: a) ajustes económicos diseñados por los propios acreedores; b) no trato con cada acreedor en particular sino con el representante (*agent*) del "Cártel de acreedores"; c) prohibición para el deudor de constituirse en lo que en la jerga financiera se llama "Cártel de deudores"; d) pactos ejecutivos severísimos; e) facultad de resolver unilateralmente los convenios; f) sumisión a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales

extranjeros; g) renuncia a la inmunidad soberana y otra serie de *Covenants* positivos y negativos en beneficio de los acreedores.

Ante esta perspectiva el jurista debe hacer un análisis concienzudo de todas y cada una de las *Considerations* que subyacen en los diversos contratos, sobre todo para distinguir las que se refieren a la deuda original, *ex re*, y las posteriores nacidas *ex conventione* y sobre estas últimas analizar con rigor crítico su validez.

Es probable que el estudioso llegue a la misma conclusión que quien esto escribe, consistente, en términos llanos, en decirle al acreedor: "Tu esquema que yo acepté a rajatabla no funcionó; la *Consideration* fundamental se centró en la posibilidad creída y esperada por ambas partes de que el esquema funcionaría.

"La realidad nos ha demostrado lo contrario y ahora convéncete que la moratoria era ya un elemento que se encontraba ínsito (definición: propio y connatural a una cosa y como nacido en ella), en el esquema de reestructuración y que ahora se nos presenta como inevitable por las fallas intrínsecas de que adoleció desde su nacimiento. Siéntate otra vez conmigo a diseñar un nuevo plan que no contenga soluciones de eficacia pasajera".

Con estas reflexiones, seguramente los mexicanos, en caso de moratoria y haciendo a un lado cualesquiera otras diferencias, haríamos nuestras las reflexiones hechas por Carlos Salinas de Gortari en su toma de posesión y que arriba se transcribieron.

Al clausurar la VIII Reunión Anual del Colegio Nacional de Actuarios, el propio Salinas de Gortari en alguna parte manifestó: "A los esfuerzos que juntos hemos llevado a cabo en el interior de la nación, debe corresponder una respuesta positiva de los acreedores". Concordamos absolutamente con esta reflexión tan lógica.

Como se dice en algún punto de este ensayo, el Plan Brady no soslaya la maldad intrínseca del esquema actual (utilizamos el término maldad en sentido técnico y no moral), y propone un "*plan*" que trata de corregir las fallas que han llevado a los deudores al estado actual de cosas; en otras palabras, trata de evitar precisamente la moratoria que considera inevitable.

En el artículo antes mencionado analizábamos las cuatro premisas que postula el Plan Brady bajo la perspectiva formal del método empleado que nos pareció ser el correcto. En este ensayo volveremos a repasar las mismas premisas para enlazar nuestro proceso discursivo expresado en este ensayo, con tales premisas.

1. "El crecimiento es esencial para la resolución de los problemas de la deuda".

Ningún Estado puede tener asegurada su viabilidad sin un desarrollo. El principio de Derecho Internacional de Autoconservación sirve de *Consideration* fundamental para cualquier negociación, así lo expresó Carlos Salinas de Gortari en su toma de posesión: "Evitaré la confrontación, pero declaro enfáticamente y con convicción que por encima de los intereses de los acreedores está el interés de los mexicanos".

2.—*Las naciones deudoras no alcanzarán niveles suficientes de crecimiento sin reformas.*

El plan está aceptando que el esquema urdido por los acreedores no funcionó y que requiere ser reformado.

Como ya lo expresamos en puntos anteriores, existe una gran cantidad de cláusulas cuya validez habría que analizar utilizando el método de las verdaderas causas jurídicas que les dieron origen.

Hasta ahora los acreedores de buena o mala fe sólo están manejando el concepto de autonomía de la voluntad como única fuente de obligaciones argumentando que los convenios fueron suscritos por los legítimos representantes de los deudores. Esta tesis no es cierta ni en derecho público ni en derecho privado.

El plan Brady, al poner como piedra angular el tener que reformar el esquema pone de manifiesto su maldad intrínseca. Pero, ¿y si el plan fracasa? Consideramos que los países deudores tienen derecho por sí mismos a hacer un análisis de su situación y resolver en consecuencia teniendo como norma fundamental que "nadie puede enriquecerse a costa de otro sin una causa legítima".

3.—*"Las naciones deudoras tienen una necesidad que no ha cesado de recursos externos".*

Esta fue otra de las *Considerations*, que los deudores pusieron como esenciales para reestructurar sus deudas. El plan Brady enfatiza que la misma siga constituyendo un pilar del sistema.

4.—*"Las soluciones deben adoptarse caso por caso".*

Efectivamente las *Considerations* varían de contrato a contrato y de acuerdo con las negociaciones habidas entre los diversos países

deudores. Por lo que hace a México, si el plan fracasa, tendrá a su alcance todos los elementos para analizar cada una de tales *Considerations* para enfrentar con rigor crítico cualquier decisión que tome.

Quandoque bonus dormitat homerus (a veces hasta el bueno de Homero se duerme), decía el poeta romano Horacio para indicar que en algún verso le falla la métrica al excelso poeta.

Algo parecido aconteció (a nuestro modo de ver), en este caso concreto con el plan Brady cuando expresa:

"Podría en algunos casos tomarse en *Consideration* una fórmula para diferenciar la deuda antigua de la nueva".

La afirmación correcta es: En todos los casos habrá que diferenciar la deuda antigua de la nueva.

Así es; en pureza de método la primera operación que tiene que hacer el jurista es distinguir entre el dinero efectivamente recibido (que ya lo habremos de haber pagado quién sabe cuántas veces), y las *Considerations* posteriores nacidas bajo los convenios de reestructuración que son diferentes y que por no haberse analizado han llevado a los intérpretes acreedores a utilizar el falso argumento de la autonomía de la voluntad como única fuente de obligaciones como en alguna parte comentamos.

Bajo esta perspectiva tan injusta y absurda, al término de la presente administración estaremos hablando de una deuda de alrededor de 150.000.000.00 de dólares cifra que se irá incrementando por los siglos de los siglos.

En estas condiciones, ¿por qué preocuparnos por el fantasma de la moratoria? Ésta no es en términos legales más que el retraso en el cumplimiento de una obligación. La moratoria no es ya ni siquiera una espada de Damocles. Es una realidad que debemos aceptar.

La verdadera preocupación deberá consistir de aquí en adelante en romper el nudo Gordiano para quitarle a la deuda el abominable carácter de sempiterna.

Con cuánto acierto ha captado nuestro gobierno el fondo del problema.

Un solo párrafo del discurso de toma de posesión bastará para convencernos:

"Instruyo al Secretario de Hacienda para que, de inmediato, inicie la negociación de la deuda externa bajo las siguientes premisas; primero, deberá abatirse la transferencia neta de recursos al exterior para que la economía pueda crecer en forma sostenida; segundo, por lo que hace a la deuda histórica acumulada hasta ahora, deberá reducirse su

valor; tercero, los recursos nuevos que requiere el crecimiento sostenido de México deberán estar asegurados para un horizonte lo suficientemente largo que evite la incertidumbre que provocan las negociaciones anuales, y cuarto, deberá disminuir, durante la administración el valor real de la deuda y ser cada vez menor su proporción respecto a lo que producimos los mexicanos".

Lisa y llanamente nos encontramos frente a un caso de aplicación del principio de autoconservación.

La supervivencia o decadencia y destrucción de un pueblo, decía Arnold J. Toynbee, se finca en la capacidad de respuesta ante el reto; así lo atestiguan las civilizaciones de todo el mundo que nos han precedido.

En otras palabras, si se tiene capacidad de respuesta adecuada se sobrevive, si no, se sucumbe.

Consideraciones finales.

La moratoria no será para los países deudores un producto del capricho, la irreflexión o la irresponsabilidad sino un mero acontecimiento forzado inevitable, de consecuencias lógicas cuya causa eficiente la constituyó un esquema de reestructuración desafortunado.

El plan Brady es un documento muy valioso porque, al utilizar el método de análisis correcto, trata de corregir las fallas de origen dando a su nuevo plan soluciones a fondo de eficacia permanente y no pasajera.

EL DERECHO Y LA HISTORIA SOCIAL *

Andrés LIRA

Es tan obvio el tema que pongo hoy a su consideración, que bien me podrían señalar: "un discurso de ingreso a la Academia supone la aportación de novedades al conocimiento de nuestro pasado y usted no ha hecho más que traer a cuento algo que todos sabemos. La relación de los sistemas jurídicos, las circunstancias de su conformación y de sus cambios con la historia social ha sido expuesta en obras reconocidas y hay en este claustro autores que la han mostrado en obras reconocidas".

Pero con razones tan válidas como esa, replicaría: "los que estamos aquí tenemos que ocuparnos de cuestiones obvias, de la misma manera que el artesano trata con sus compañeros de oficio de su experiencia, de los materiales, de las herramientas que tiene a la mano y de lo que quiere hacer, ya sea emulando obras que admira o tratando de aportar lo que considera propio, aun a riesgo de repetir lo que han hecho otros. Sólo así se concibe la continuidad de un oficio en el que se han empeñado generaciones anteriores y el afán de perfeccionarlo con los medios de que se dispone en el presente".

La experiencia nos dice que la relación entre el derecho y la vida social no siempre ha sido bien entendida por los historiadores. Es más, muchas veces oímos decir que la historia del derecho es un recuento de normas y de ideas sobre las normas, que ignora la riqueza y la complejidad de la vida social, y que, por lo tanto, esa historia debe desterrarse de nuestras preocupaciones y ocupaciones de investigación.

Sobran ejemplos de tales reconvenciones hechas por colegas dedicados al esclarecimiento de cuestiones económicas y sociales; pero lo que sorprende es que quienes nos lo dicen acuden con frecuencia a testimonios legales, a actas notariales y a documentos judiciales. A veces, después de sus amistosas recomendaciones sobre que dejemos de lado la historia "meramente jurídica", nos preguntan: "Oye, tú que estás

* Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Historia, correspondiente de la Real de Madrid, el 30 de agosto de 1988.

enterado de las leyes y de los pleitos, qué me puedes decir sobre el contrato de aparcería, ¿sabes algo sobre el régimen de la mediería?, ¿qué es el censo enfiteutico?, ¿en el Código Civil... (de tal o cual estado) se dice algo sobre las relaciones de trabajo?" Y en fin, la propiedad y las formas de utilización de la tierra, el régimen de minas, las disposiciones sobre la erección de pueblos en tierras de las haciendas por efecto del crecimiento demográfico durante el porfiriato son preguntas que les preocupan, pues deben responderlas para seguir beneficiando su investigación sobre la sociedad y la economía. Resulta, pues, que lo "meramente jurídico" no lo es tanto, ni lo social y económico tan exclusivo como para entenderse fuera de las desdeñadas formas sancionadas por el Estado y utilizadas por los personajes de las sociedades que estudian; muchos de los cuales resultan ser, a veces, amañadores de pleitos y de cuestiones litigiosas, firmantes inevitables de textos jurídicos con los que instrumentan su poder político y social y su beligerancia en el mercado.

Con la historia del derecho ha pasado algo semejante a lo ocurrido con la historia de las ideas. La evidencia de las ideas como expresión de significados es tal, que ha llevado a muchos a desentenderse precisamente de su carácter significativo. Las leen, pero no las ven, y enlistan en supuesto orden cronológico formas expresivas y detienen ahí lo que llaman su investigación. José Ortega y Gasset llevó a su última consecuencia este absurdo cuando dijo "no hay historia de las ideas" si por tal entendemos la enumeración cronológica de conceptos o elaboraciones de los filósofos y pensadores connotados. Las ideas, como cualquier acto humano —recordaba Ortega—, deben comprenderse en un mundo o complejo de relaciones vividas por los hombres, es decir, en ciertas circunstancias. Otro tanto ocurre con el derecho, producto eminentemente ideológico cuya textura y forma dan cuenta de circunstancias sociales. Aun la norma o principio más abstracto puede y debe "fecharse", esto es, ponerse en relación con el complejo social en el que se hace evidente, trata de hacerse vigente o se desvirtúa. Puede ocurrir, es cierto, que la inercia de la enseñanza o el anquilosamiento profesional nos muestren la repetición de fórmulas que parecen no responder a vigencias sociales (como ocurre con mamotretos de textos venerables que, en el mejor de los casos, se leen para pasar un examen, o con párrafos y páginas de actos, que ni los notarios, ni los actuarios, ni los jueces leen, pese a que los exigen y los firman). Pero esto no es privativo de la enseñanza y de la práctica del derecho; lo mismo ocurre en campos como los de la economía y la sociología e incluso de la mal entendida historiografía cuando se hace repetición

de nombres de personas, de lugares y fechas absolutamente insignificantes fuera de convenciones específicas, como el mal libro de texto o el discurso de homenaje. Esto nos muestra que la vida social tiene sus derivados y sitios residuales, mercedores de estudios que los deslinden y expliquen.

En todo caso, lo social como conjunto de relaciones humanas es un mundo de significaciones en el que las ideas —incluyendo los enunciados imperativos, como la norma jurídica— se conciben y explican como componente de esas relaciones. La historia del derecho, al destacar la índole imperativa de significados en las relaciones humanas, se acerca directamente a la historia social y coincide con ésta en mayor medida de la que muchos especialistas reconocen.

Lo que debemos rechazar, al igual que lo hizo Ortega con la mal entendida historia de las ideas, es el empobrecimiento de nuestra visión o el mero recuento de apariencias, señalado por auténticos investigadores. Ejemplo de este señalamiento es el que hizo Marc Bloch al hablar del análisis histórico y al ponernos en guardia frente a la mal entendida historia del derecho. Cito a este autor —muy de mi gusto— debido a que su *Apologie pour l'Histoire ou métier d'historien*, se divulgó entre nosotros como *Introducción a la historia* y ha ejercido una influencia grande (al menos eso supongo) en generaciones de aprendices de historiador anteriores y posteriores a la mía. Y, porque mal entendida, la he oído citar por un famoso historiador del derecho desgarrándose las vestiduras frente a azorados oyentes.

He aquí, por ejemplo —nos dice Bloch—, la "historia del derecho". La enseñanza y el manual que son admirables instrumentos de esclerosis, han vulgarizado el nombre. Sin embargo, ¿qué recubre? Una regla de derecho es una norma social, explícitamente imperativa; sancionada, además, por una autoridad capaz de imponer el respeto que se le debe con la ayuda de un sistema preciso de coacciones y de penas. Prácticamente tales preceptos pueden regir las actividades más diversas; pero no son los únicos que las gobiernan: obedecemos constantemente, en nuestra conducta diaria, a códigos morales, profesionales, mundanos, muchas veces más imperiosos que el Código a secas. Por otra parte, las fronteras de éste oscilan sin cesar; y por estar o no comprendidos en él, una obligación socialmente reconocida puede recibir mayor o menor fuerza o claridad, pero evidentemente, no cambia su naturaleza. En el sentido estricto de la palabra, el derecho es, pues, la envoltura de realidades en sí mismas demasiado variadas para suministrar con provecho el objeto de un estudio único y no agota ninguna de ellas.

En efecto, Bloch advertía que la historia de la familia no podía hacerse recurriendo sólo a las disposiciones de derecho que la han regido en diversos momentos, y en otras obras suyas, después de apuntar las peculiaridades de la vida social, señaló cuán lejanas a ésta y cuán parciales resultan muchas fórmulas que recubren hechos y, es más, cómo tales fórmulas se emplean para ocultar esos hechos. Pero no deja de reconocer que ese ocultamiento era parte constitutiva de la conducta que él logra discernir precisamente porque se hace cargo de los límites y del carácter instrumental del derecho en el extenso y complicado campo de la vida social.

La crítica histórica nos advierte la frecuencia de las falsificaciones y el amaño de testimonios que deforman deliberadamente acciones que contravienen el orden legal invocado. Esa calidad de las falsificaciones sólo puede discernirse si se conoce el orden que se invoca. Visto así, la falsificación o el encubrimiento amañado es un hecho pleno de significado para el historiador y Bloch lo supo bien como medievalista que era. Para nosotros, ¿la cantidad de títulos falsos, de "títulos primordiales" invocados y exhibidos en los pleitos de tierras por muchas comunidades de indígenas no son, precisamente por su calidad de falsificaciones, el mejor testimonio del conflicto permanente de nuestra realidad agraria? ¿Hasta dónde una sociedad política organizada sobre el principio de la letra y del expediente ha obligado a las comunidades a responder con la letra y testimonios de factura adecuada a nuevas exigencias formales? En fin, que hay que saber qué régimen y qué exigencias se presentan en diversos momentos para elucidar la realidad social que se manifiesta en falsificaciones.

Ese es un extremo de la formalidad del orden legal como instrumento de observación de la sociedad. Pero hay en la formalidad misma de este orden muchas posibilidades aprovechables en la historia social. Los cedularios, las compilaciones hechas por juristas del mundo hispanoamericano en los siglos XVI y XVII hasta la *Recopilación* (propia-mente dicha) de 1680 son obras en las que se recogen disposiciones dictadas en diversos momentos para resolver casos concretos y guardan, pese al orden lógico y material en que se agrupan las disposiciones recogidas, las características del problema atendido y el clima ideológico del momento en el que se dictaron. Esto es más evidente en las compilaciones, pues conservan la parte expositiva de los hechos que dan lugar a la disposición; pero incluso en la *Recopilación* de 1680, que como tal conservó sólo la parte dispositiva —aunque no siempre— del material, ordenándolo y evitando hasta donde fue posible contradicciones, es imposible no ver la textura de la casuística, desta-

cada, además por las fechas y lugares que los recopiladores cuidaron de apuntar al margen de cada ley. En fin, que en ese proceso de recopilación, pese al intento deliberado de crear un sistema abstracto, se nos hacen evidentes muchas situaciones concretas de la vida social y experiencias que nutrieron la labor de los legisladores.

En lo que digo no hay, por supuesto, novedad y menos aún originalidad alguna. En mejores términos lo señalaron Rafael Altamira, Toribio Esquivel Obregón y Javier de Cervantes —para hablar sólo de maestros de mis maestros. El primero lo hizo al referirse al valor de la legislación indiana como fuente de la historia social; los últimos al advertir, además, la Constitución Real de Nueva España en el ámbito de los dominios españoles.

Cierto es que quienes han escrito la historia institucional de nuestros países viéndolos desde el mirador de la letra impresa de recopilaciones y doctrina jurídica de la época, han incurrido en lamentables omisiones y generalizaciones; pero quienes han seguido, además, el camino inverso, partiendo de la casuística que se revela en nuestros archivos para llegar a esos libros, han logrado una mejor comprensión de la legislación y la doctrina y han conseguido valorar el carácter testimonial de éstas. La obra de Juan Solórzano Pereyra y la *Recopilación* de 1680, por ejemplo, se aprecian de manera muy distinta, más positivamente, después de recorrer archivos y colecciones impresas como las que ha dirigido y elaborado Silvio Zavala. Los mexicanos lamentamos a veces que Solórzano Pereyra no haya tenido una experiencia novohispana, pero no dejamos de reconocer el vigor de su dialéctica de ponderación de argumentos como el intento más ambicioso de un orden racional apegado a la experiencia. La *Recopilación* de 1680, complementada aquí y en otras partes por otras obras surgidas de la práctica hasta los finales del siglo XVIII, cobra actualidad y puede uno explicarse porqué en los siglos XIX y XX se la cita en casos prácticos cuando los conflictos han exigido soluciones apegadas a un derecho emanado de la experiencia.

La orientación futurista del racionalismo es patente ya en la *Ordenanza de intendentes* de 1786 y se confirma en las constituciones liberales del siglo XIX y en los códigos. Tal legislación, se dice, rompe con la experiencia y poco o nada nos dice de la realidad que trata de ajustar al proyecto racional; los historiadores legalistas, que hacen de los periodos constitucionales el criterio para dividir las épocas, han desvirtuado la posibilidad del conocimiento histórico. ¿Cómo atender a constituciones y a leyes de vigencia dudosa para hablar de lo ocurrido en nuestra sociedad?

La crítica no carece de fundamento, pero el hecho es que en la sociedad del siglo XIX muchos hombres se empeñaron en los proyectos constitucionales y en la codificación que consideraron indispensable para atender el caso de contradicciones que veían en su sociedad, y no podemos dar cuenta de ese siglo si no consideramos esos proyectos.

El fundamento de esa crítica se reduce notablemente y a veces se viene abajo a medida que trabajamos las colecciones legislativas de la época. La *Legislación mexicana* de Manuel Dublán y de José María Lozano o el *Nuevo Código de la Reforma* de Blas J. Gutiérrez, para la República y las elaboradas en los Estados como la de Amador Coromina en Michoacán y la publicada en Jalisco, son fuentes de fácil acceso y en ellas advertimos que bajo órdenes generales emanados de movimientos políticos, de suyo interesantes, hay una serie de disposiciones particulares muy poco o nada aprovechadas por los historiadores. Los supuestos de igualdad y de generalidad se desvirtúan a veces en decretos y leyes que denotan el clima y la tensión de la sociedad; se crean esferas especiales contradiciendo principios políticos; en el caso de los indígenas, por ejemplo, hay juzgados, agentes e instancias que recuperan el orden de desigualdad impugnado en constituciones y códigos, pues aunque son situaciones que se consideran anómalas y transtorias, estas se repiten a grado tal que podrían considerarse como permanentes. En suma, que el caso no se disuelve en el pretendido orden general, ni éste acaba de sobreponerse al conflicto social. Esos repertorios impresos —cuya abundancia y orden cronológico permiten, además, interesantes visiones de conjunto— son impugnados muchas veces en nombre del desprecio que merece la historia "legalista". Pero esta imagen, puede asegurarse, es más fruto de la falta de trabajo que de la constatación de límites efectivos; el documento manuscrito, el caso que se encuentra en los archivos, es, se dice, el único modo cierto para acercarse lo más posible a la realidad.

Si hablamos de archivos hay que señalar que los más de éstos son conjuntos organizados conforme a criterios jurídicos. Son repertorios que se han ido integrando al compás de la generación de documentos públicos, resultado de la actividad de quienes actúan como personeros del Estado y como particulares que tratan de lograr el apoyo de las autoridades estatales. Esto hay que tomarlo en cuenta, pues de no hacerlo se está en riesgo de perder el significado de muchos testimonios aparentemente inocentes y sólo descriptivos. Muchos, en efecto, son verdaderas obras conformadas para cumplir con ciertas exigencias de orden jurídico. El historiador debe conocer esta característica para valorar la veracidad y también el artificio, que es otra forma de ac-

tualidad o facticidad en los enfrentamientos sociales. Además, el orden y desorden mismo de los archivos, la integración de sus ramos o secciones, ¿no hablan muy claro de disposiciones vigentes en ciertas épocas?

Cierto es que en los testimonios públicos se exhibe aquello que conviene que sea público conforme a ciertas convenciones más o menos estrechas. De ahí lo trunco y artificioso del testimonio "público", contra lo cual nos ponen en guardia los manuales de introducción a la historia y los historiadores en muchas obras monográficas. La historia social, advierten, trata precisamente de superar esas limitaciones que imponen la convención y la coacción estatal. En buena hora, pero esa esfera de la convención y la coacción formal es una realidad social y hay que contar con ella, e incluso saber cómo y cuándo se la ha aprovechado para hacerla vigente en ámbitos reducidos que tienen aparatos coactivos muy eficientes, por más que no se expresen legalmente. La historia agraria de México es un ejemplo; las comunidades exigen deslindes de sus tierras y cada deslinde instrumenta más la discordia mantenida por siglos entre pueblos vecinos; el pleito es parte de la vida de los pueblos y elemento de su cohesión, como lo han señalado historiadores maestros y lo constatan los aprendices.

Esos, son, claro, hechos de apariencia litigiosa en los que el contenido jurídico salta a la vista del principio al final. Hay otros sin tal apariencia pero que hay que entender a la luz del derecho. Por ejemplo, crónicas y relatos históricos son muchos de ellos desarrollo de alegatos. Ramón Iglesia y Joaquín Ramírez Cabañas destacaron el alegato que hay en la *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España* de Bernal Díaz del Castillo. El discurso de innegable valor histórico literario es también probanza de méritos y servicios, es decir, testimonio construido conforme a las exigencias de prueba que tuvieron que responder los conquistadores para reclamar mercedes que decían merecer. Silvio Zavala, en el amplio contexto de *Las Instituciones Jurídicas en la conquista de América*, explicó la composición de la hueste conquistadora y la importancia de los intereses particulares en la conquista de la Nueva España, que se revelan, entre otras fuentes, en la *Historia* de Bernal Díaz.

En la historia del derecho, como en otras labores historiográficas, hay que pasar de los testimonios que revelan significados, a quienes los enuncian y utilizan. Es oportuno volver al libro de Marc Bloch, pues si habló de las normas jurídicas como insuficiente objeto de la supuesta historia del derecho, habla luego de los personajes en los que tal historia cobra realidad. Dice así:

Hay sin embargo, algo exacto en la noción del hecho jurídico en cuanto distinto de los demás; y es porque en muchas sociedades la aplicación y en gran parte la elaboración misma de las reglas de derecho han sido obra de la incumbencia de un grupo de hombres relativamente especializados en este papel (que sus miembros podían, desde luego, combinar con otras funciones sociales) suficientemente autónomo para poseer sus propias tradiciones y, muchas veces, hasta la práctica de un método de razonamiento particular. En suma, la historia del derecho podría no tener existencia aparte como no fuera la historia de los juristas, lo que no es, para una rama de la ciencia humana, tan mala manera de existir. Comprendida así, lanza sobre fenómenos muy diversos, pero sometidos a una acción humana común, luces muy reveladoras en un campo necesariamente limitado.

La historia del derecho es, según Bloch, la explicación de lo que han hecho los juristas; pero este quehacer, cuyo objeto es el orden de una sociedad sancionado por la autoridad capaz de imponerlo con un sistema de coacciones y un cuerpo especializado en su aplicación, revela características y situaciones de la sociedad. Al jurista, sea en el momento de creación de las normas o en el de su aplicación (momentos que no siempre se deslindan claramente), o en el de la reflexión teórica, se le impone la consideración de muchos que no son juristas y, es más, muchas veces es la oposición al jurista lo que a la postre se revela como determinante de modalidades que los especialistas tienen que aceptar. En esos momentos de oposición y adaptación se definen puntos cardinales de la vida social y el derecho se convierte en un valioso indicador de las continuidades y cambios sociales.

Podrían mostrarse ejemplos muy interesantes, como el descubrimiento científico realizado por juristas europeos y norteamericanos del siglo pasado, cuando advirtieron la comunidad agraria campesina y las formas de parentesco en sociedades próximas o distantes a las suyas en el espacio —pero en todo caso lejanas por sus peculiaridades históricas—, al contrastar las instituciones de esas sociedades con las del derecho individualista que ellos manejaban (esto movió el interés por la historia de las instituciones y en este movimiento se inscribe la atención dedicada a testimonios hispanoamericanos del siglo XVI, como la *Breve... relación de los señores de la Nueva España*, de Alonso de Zorita, cuya primera edición es la francesa de 1840); pero prefiero traer a cuento otros ejemplos sacados de las fuentes y de la historiografía mexicanas.

En las demandas de los siglos XVI a XVIII el indígena de Nueva España suele presentarse señalando su pertenencia a una comunidad determinada que se enfrenta a hombres de otra comunidad, sea indígena o no; reclama su pobreza y la importancia del agravio por el daño que éste causa a su hacienda y a su persona, relacionada con un orden familiar y ritual. (Estos testimonios dan la razón a un jurista-historiador como Henry Maine, quien advierte en los sistemas jurídicos anteriores al racionalismo individualista la importancia del *status* en las relaciones jurídicas). Esa documentación permite caracterizaciones muy vivas para entender ciertas instituciones. En este sentido reclamo yo a un admirado historiador, como lo es Woodrow Borah, el que en su gran libro sobre el *Juzgado General de Indios en Nueva España* no haya dedicado un capítulo para dibujar la presencia del indio como litigante, pues es una figura recurrente en los testimonios. Borah optó por usar el concepto de *miserable* que da la doctrina de la época y nos privó de la riqueza descriptiva que hace más comprensible el origen y el funcionamiento de la institución judicial que estudió.

En efecto, autoridades que atendieron casos planteados por los indígenas hicieron hincapié en el carácter de éstos y en la forma en que se presentaban a exigir solución, así como en la manera en que había que dictar ésta para que llegara al entendimiento de los indios. Sebastián Ramírez de Fuenleal, presidente de la segunda Audiencia, los virreyes, obispos, algunos alcaldes mayores y corregidores, otros funcionarios e informantes dan idea de ella y complementan lo que podemos percibir directamente en los testimonios de las demandas y alegatos. La evidencia no se interrumpe en el periodo novohispano, pues la legislación y la casuística de los siglos XIX y XX son ricas en esa caracterización y ofrecen un material de gran valor para comprender a las sociedades indígenas, que, hasta años recientes, solían ignorar nuestros historiadores del periodo nacional (José Miranda destacó el valor de esos testimonios para comprender la "Importancia de los cambios experimentados por los pueblos indígenas desde la conquista").

La legislación recopilada, como ordenación de la casuística en textos sistemáticos, se divide en sendos libros y títulos en los que específicamente se atiende a la situación o estado de las personas; ya sea de manera afirmativa, como es el caso de los indios, del clero regular y secular, de los comerciantes y, claro, de los funcionarios a quienes se señalan prerrogativas y limitaciones; ya sea negativamente, esto es a fuerza de prohibiciones y penas (que por reiteradas muestran la falta de acato, aunque no la de su vigencia como idea del orden social), como es el caso de mestizos, negros, mulatos y otras castas.

Ese fue el orden de desigualdad que rechazó el liberalismo; pero no por rechazado como principio de la organización social y política dejaría de reconocerse, según apunté, en disposiciones con las que los hombres del siglo XIX enfrentaron problemas inmediatos del orden social. Hay que recorrer las disposiciones "administrativas" —que, por otra parte, se imponen por su cantidad a lo largo del XIX—, para percatarse de ello y, también, hay que atender a otras directamente relacionadas con el sistema penal, pues son retratos de un ideal de sociedad.

Ciertos delitos se conciben más como descripción de personas que como tipificación de conductas. Tal es el caso de los "vagos y mal entretenidos", que sólo hasta los códigos del último tercio del siglo XIX se recogen en la generalidad de dos actividades: "vagancia y mendicidad". Esto es señal de un cambio impuesto por el legislador después de muchos intentos y fracasos encaminados a dominar un hecho confuso y difuso en la realidad social del siglo XIX. La tipología del vago, es cierto, está ya perfilada en las disposiciones de los siglos XVI, XVII y XVIII, donde la determinación del sujeto se hace señalando a quienes no pueden retratarse como miembros de una sociedad ideal basada en la familia patriarcal (recuérdese, por ejemplo, la Real Orden del 30 de abril de 1745, donde aparte de ciertos tipos ociosos se insiste en figuras como la del hijo que no asiste a su casa y que, pese a su carácter de dependiente, no se conforma con el ejemplo y la autoridad del padre). En el siglo XIX esto no varía sustancialmente, se agrega de manera expresa el casado que no hace vida marital (tipo ya reconocido en el siglo XVI) y un catálogo que se hace más específico en diversos momentos para acoger a quienes ejercen sin título o facultad autorizada ciertas profesiones; son vagos los tinterillos y huizacheros, los curanderos, los vendedores de medicinas, etcétera. Pero lo más notable es que muchas medidas relativas a la vagancia se dirigen contra los encargados de juzgar y castigar a los vagos porque no emplean el rigor necesario y por la frecuencia con la que declaran "no vagos" a quienes a todas luces lo son; también en contra de los propietarios que los acogen en sus tierras y casas, ya sea admitiéndolos o por no limpiar de matorrales la orilla de los caminos en los que se ocultan los vagos.

Lo que vemos en esa legislación es una sociedad carente de las instituciones que el legislador da por supuestas; es decir, la falta de conformidad entre los ideales burgueses y puritano individualismo liberal, y los valores de una sociedad en la que la caridad se revela como tolerancia (sobre esto, tengo entendido, llamó la atención Juan Ortega y Medina en el comentario a una ponencia presentada en un congreso de historia del derecho). Es más, en los expedientes del juzgado de

vagos de México —y lo mismo se podría constatar en otras partes—, es frecuente ver que los acusados se hacen acompañar de testigos notables (juristas, políticos y hombres de empresa que lamentan la vagancia como mal general), que dan testimonio favorable para lograr la absolución pese al cúmulo de evidencias contrarias. Lo que se ve también es el gran número de artesanos que muestran la posesión de un oficio y la carencia de trabajo. (Agradezco valiosa información a Lucio Maldonado Ojeda).

En otros delitos, pese a que el tipo legal se halla bien definido como una conducta que podría determinarse con unas cuantas afirmaciones, la casuística deja ver la preocupación ante ciertas situaciones personales; la instrucción del proceso va mucho más allá de lo requerido para determinar el ilícito; la "sumaria" —como se llama a la fase informativa del proceso— es una mina de descripciones que ha sido aprovechada recientemente por un historiador de la sociedad mexicana como lo es William Taylor, quien —dicho sea de paso— no desdeñó en sus primeros trabajos sobre Oaxaca los avisos del jurista historiador Emilio Rabasa, despreciado por otros en nombre de supuestos ideológicos y de una historia social libre de formalismos legales.

Si esas son características observadas en los cuerpos legales y en los testimonios de su aplicación, habrá que advertir una enorme posibilidad que la historia del derecho, en tanto ocupada del quehacer de los juristas, ofrece a la historia social. Esta es la biografía de personajes que encarnan como profesión la vigencia o el deterioro de los sistemas jurídicos.

Ya don Toribio Esquivel Obregón señaló, con su tono polémico, el interés y la posibilidad de rescatar el estado de la cultura jurídica de Nueva España al ocuparse de una figura tan señera como la de Francisco Javier Gamboa; Moisés González Navarro ha tratado de *Vallarta y su ambiente político y jurídico*; últimamente Ralph Vigil, de *Alonso de Zorita* (por más que esta obra queda lejos del quehacer del jurista, propiamente dicho) y no faltan biografías breves surgidas de la ocasión del homenaje o del artículo para enciclopedia. Sin embargo, siendo México un "país de abogados", resulta extraño que no se trabaje sistemáticamente la biografía individual y colectiva de la magistratura judicial, de la abogacía y de otras expresiones profesionales del derecho como parte de nuestra historia social (por más que hay buenos ejemplos de artículos que han planteado diversos aspectos, no hemos llegado a un cuadro como los trazados por John L. Phelan al tratar sobre la Audiencia de Quito en el siglo XVII; Guillermo Lohmann Villena, al ocuparse de *Los Ministros de la Audiencia de*

Lima. . . 1700-1821 y, luego, Mark A. Burkholder y O.S. Chandler, al estudiar de la composición social de las audiencias americanas, desde 1687 a 1808).

Quizá, precisamente la abundancia de hombres de leyes en nuestro medio —que un maestro mío llamó alguna vez “plebe jurídica”— explique el rechazo a la historia del derecho y de los juristas. Pero esto debe superarse para llegar por un camino muy directo al interior de muchos campos de la historia social. Por ejemplo, figuras notables como Bernardo Couto y Francisco Modesto Olaguibel, patrocinaron a otras menos reconocidas y las hicieron actuar en ámbitos no tan elegantes como los que ellos preferían, pero, eso sí, muy importantes en los conflictos políticos y sociales de su época. Para explicar aquellas figuras señeras de la jurisprudencia hay que atender a las figuras ejemplares de la juris-imprudencia —abundantísima en nuestros tribunales, oficinas de gobierno y de empresas privadas.

Pienso, al decir lo anterior, en un personaje tan fascinante como José Guadalupe Perdigón Garay, “el abogado del pueblo”, “con cuerpo de Sancho Panza y espíritu de don Quijote”, originario de Tenango Tepapulco y nacido en 1812 (según manifestó al presentarse como testigo en un proceso en 1845), mencionado ya como licenciado en los años treinta en la célebre causa seguida contra el coronel Juan Yáñez (jefe intelectual y algo más de la banda que inspiró a Manuel Payno su célebre novela *Los bandidos de Río Frío*).

El carácter de ese batallador abogado fue reconocido con aprobación por clientes pobres; con pánico por las clases altas, y con medidas represivas por las autoridades militares, pues tenía el fuero y, por lo menos en 1846, se le mencionaba como coronel. Perdigón Garay ejerció su profesión principalmente en las cortes penales. Antonio García Cubas lo recuerda, al lado de otros célebres abogados y benefactores de los presos en la cárcel de la Acordada, como “muy llano en el trato familiar, pero siempre correcto al desempeñar su noble misión y cuya elocuencia, más de una vez, arrancó del patíbulo al criminal” (sic); Guillermo Prieto cuenta que la Academia de Letrán se disolvió en la política y en los duros menesteres de la vida y que algunos de sus miembros fueron a formar parte del “turbulento estudio —hoy diríamos despacho— de Perdigón Garay”. A mí no me cabe duda de que Manuel Payno, contemporáneo de Prieto y de Perdigón, aprovechó muchos rasgos de este personaje para crear a Crisanto Lamparilla y a Crisanto Bedolla y Rangel en su novela *Los bandidos de Río Frío*. Crisanto Bedolla es el más cercano a Perdigón, actúa turbulentamente en los juzgados y fuera de ellos y muere en una revolución muy pare-

cida a la de Jalisco de 1846; pero el Perdigón real (declarado con otros, hijo benemérito de Jalisco el 14 de diciembre de 1846) vive mucho después, lo encontramos entre los radicales en las agitadas elecciones de la ciudad de México del año 1849.

Perdigón Garay es, como otros muchos, motor y pararrayos de tormentas sociales y políticas; su biografía es un campo abierto a la historia del derecho como historia social, y no he hecho más que apuntarla entre las ocurrencias que he traído a la consideración de ustedes.

No hay originalidad en esas ocurrencias. Las que he traído a cuento a lo largo de este discurso reconocen ejemplos en la obra de maestros lejanos y cercanos, pero es deber de cada uno de nosotros actualizar esos ejemplos con el trabajo propio, para hacerlos posibilidad en el viejo y siempre renovado *oficio de historiar*.

RESPUESTA AL DISCURSO DE ANDRÉS LIRA

Silvio ZAVALA

Llega Andrés Lira a la Academia Mexicana de la Historia con el doble caudal de sus conocimientos en historia y en derecho. Sigue así una larga y noble tradición que ha tenido cultivadores distinguidos en España e Hispanoamérica.

Cierto es que antes se hermanaron la historia y la geografía, después se han desarrollado los estudios conjuntos de historia y economía, así como los de historia y sociología. Pero yo no soy de quienes cree que unos ciclos sustituyen a otros. Cada uno explota el pasado desde la mira de sus intereses intelectuales y va dejando un sedimento de conocimientos que sirve a todos. Por eso deseo que el género de los estudios histórico-jurídicos que con inteligencia y fruto cultiva Andrés Lira se mantenga y deje en el futuro otras contribuciones valiosas, cuando la doble preparación exista.

Una cualidad me ha llamado la atención en particular en el trabajo de Andrés y consiste en el tino con el que selecciona los temas de su estudio. Siempre son interesantes y significativos. Voy a citar a continuación dos ejemplos que lo comprueben.

Es el primero que dio origen a su libro sobre *El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo Mexicano*. (*Antecedentes novohispanos del Juicio de Amparo*). Prólogo de Alfonso Noriega G., Fondo de Cultura Económica, México, 1972. Hace muchos años había señalado al notable

RESPUESTA AL DISCURSO DE ANDRÉS LIRA

Silvio ZAVALA

Llega Andrés Lira a la Academia Mexicana de la Historia con el doble caudal de sus conocimientos en historia y en derecho. Sigue así una larga y noble tradición que ha tenido cultivadores distinguidos en España e Hispanoamérica.

Cierto es que antes se hermanaron la historia y la geografía, después se han desarrollado los estudios conjuntos de historia y economía, así como los de historia y sociología. Pero yo no soy de quienes cree que unos ciclos sustituyen a otros. Cada uno explota el pasado desde la mira de sus intereses intelectuales y va dejando un sedimento de conocimientos que sirve a todos. Por eso deseo que el género de los estudios histórico-jurídicos que con inteligencia y fruto cultiva Andrés Lira se mantenga y deje en el futuro otras contribuciones valiosas, cuando la doble preparación exista.

Una cualidad me ha llamado la atención en particular en el trabajo de Andrés y consiste en el tino con el que selecciona los temas de su estudio. Siempre son interesantes y significativos. Voy a citar a continuación dos ejemplos que lo comprueben.

Es el primero que dio origen a su libro sobre *El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo Mexicano*. (*Antecedentes novohispanos del Juicio de Amparo*). Prólogo de Alfonso Noriega G., Fondo de Cultura Económica, México, 1972. Hace muchos años había señalado al notable

maestro digno de recordación Vicente Peniche López, una de nuestras autoridades por sus conocimientos en materia del amparo, que encontraba en los antecedentes medievales que venía estudiando en España la institución del "seguro Real", que me parecía guardar ciertas semejanzas con la función de la concesión del amparo en nuestro derecho. El rey español ponía bajo su protección especial a personas o bienes y esa guarda los protegía de autoridades o particulares que intentaran atentar contra ellos. Le redacté unas páginas al respecto y se las envié; pero ya avanzado en edad el maestro, no sé si tuvieron algún eco ni si llegaron a ser dadas a conocer en las revistas mexicanas de la especialidad. Yo le hacía notar que, si bien tales antecedentes no influían directamente en la creación por los juristas mexicanos de la época nacional del juicio de amparo (tal era el caso de Manuel Crescencio Rejón estudiado con particular empeño por el maestro Peniche y por Carlos Echánove), me parecía ser interesante el recordarlos porque habían acostumbrado a quienes vivían bajo las instituciones del derecho español y luego del indiano, a contar con ese recurso. De suerte que al introducirse la nueva forma del amparo influida por los antecedentes del habeas corpus inglés y del derecho norteamericano, se había facilitado el uso y la que podríamos llamar "aclimatación" de la nueva institución, que tanto se ha distinguido en la práctica de nuestro derecho. Lira, según lo explica el título de su obra, busca con talento y comprueba la relación entre los casos de concesión de la protección real en el derecho vivido en la Nueva España y lo que fue después el juicio de amparo mexicano. Su comprobación es convincente y puede extenderse aún a otros casos como lo vengo observando cuando extracto los documentos que figuran en los copiosos volúmenes de *El servicio personal de los indios en la Nueva España*, que vienen publicando conjuntamente el Colegio de México y el Colegio Nacional.

El sabio jurista Alfonso Noriega consideró en su prólogo a la obra de Lira que ella venía a llenar una laguna en la bibliografía de nuestro juicio de amparo. Después de su lectura queda en claro, afirma, la existencia de un "amparo colonial" como Lira lo llama, que se vincula directa y mediatamente con el vigente (cuando Noriega escribe en noviembre de 1971), que nació en 1840 y 1847 (introducido por Rejón y por Mariano Otero, respectivamente, en el Derecho Mexicano, p. xi). Al establecer este nexo, se define una rica y fecunda tradición jurídica nacional, vinculada con el Derecho Hispánico que opera aún entre nosotros, no obstante transformaciones legales que hay que tomar en cuenta como Lira lo hace presente. Observa Noriega que la investigación que prologaba no sólo mostraba en nexo entre el derecho na-

cional de amparo y el antecedente de la Nueva España sino también con la tradición jurídica de España en la que resalta un sentido democrático que se expresa en el respeto por la libertad individual y la igualdad de todos los hombres. Y va más allá en su interpretación para afirmar que quienes —sin alteraciones psicológicas de mestizos que son producto de una violenta conquista armada, y que por lo tanto no están envenenados de resentimientos y sentimientos de inferioridad— reconocemos y aun nos enorgullecemos de que lo español sea un rasgo esencial en nuestro espíritu de mestizos mexicanos, el hecho de descubrir y respetar esa tradición es rendir culto a las esencias mismas de nuestra nacionalidad. Lo anterior pone en evidencia hasta qué punto el trabajo de Lira retiene su actualidad y su interés. Presta atención Noriega asimismo a la literatura del Siglo de Oro español por cuanto nace para el pueblo y se escribe para él (p. xxviii), y termina puntualizando que el descubrimiento del Nuevo Mundo entrañó una expansión del espíritu humano desde los puntos de vista filosófico y jurídico (p. xxxviii).

El siguiente ejemplo de la labor de Andrés Lira que me inclino a comentar en esta ocasión lleva por título: *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenochtitlan y Tlatelolco, sus pueblos y barrios, 1812-1919*. El Colegio de México. El Colegio de Michoacán. Conacyt, 1983. Me mueve a ello el hecho de que Lira sabe prestar atención a los momentos de transición de una época a otra y a sus reflejos en las instituciones. Cuando se está ante una historia como la de México que pasa del régimen prehispánico al de la conquista y población por los españoles, y después de tres siglos de administración hispánica a la época independiente o nacional, se comprende cuánto importa que haya investigadores capaces de observar los cambios y las continuidades que caracterizan a esos periodos de transición. La existencia de comunidades o parcialidades de indios en el ámbito de la capital de la Nueva España ya constituye por sí misma una particular situación digna de estudio. En los documentos citados de *El servicio personal* aparecen testimonios del papel importante que desempeñaban las autoridades indias de las parcialidades de San Juan Tenochtitlan y Santiago Tlatelolco para reclutar la mano de obra que se empleaba en las actividades de los españoles, recaudar el tributo real y conducir a los operarios empleados en las obras públicas, por ejemplo en las largas y exigentes tareas de la construcción de la Catedral de México y de la apertura del Desagüe del Valle de México.

En algún momento el cabildo español de la ciudad de México intenta absorber a las autoridades indias de las parcialidades en un consejo

mayor donde por el número quedarían dominadas, pero ellas oponen resistencia y logran ser puestas a cubierto de esa pretensión. Toda la historia de los barrios de la ciudad de México merece nuevas investigaciones a fin de observar cómo se mantienen las prerrogativas de los antiguos señores, si bien disminuidas, así como sus posesiones, por la expansión de los españoles; pero los apellidos atestiguan que las antiguas casas nobiliarias no habían desaparecido del todo (véase el capítulo IV sobre los herederos de Cuauhtémoc, p. 133) y que la función de los ayuntamientos copiados del modelo español era a todas luces importante como mediadores entre la gente de la república indígena y la de la española. No es esto precisamente lo investigado por Lira, aunque los apéndices de su libro traen datos que aclaran cómo vivían las parroquias, barrios y pueblos de las parcialidades de San Juan y Santiago a principios del siglo XIX y antes.

Explica Lira que su obra trata de los primeros impactos del liberalismo sobre la organización de los pueblos y barrios de indios, allá por 1812-1814 y 1820, para seguir con lo ocurrido en la historia nacional hasta 1919 (p. 20). Su periodo de estudio se inicia cuando se declaran extinguidas las parcialidades (sin desaparecer) y termina con las primeras definiciones de la política agraria de la Revolución Mexicana del siglo XX (p. 21).

Advierte que la actitud de los indígenas fue generalmente la de sustraerse al orden que las autoridades reclamaban como válido (p. 74).

El discurso de ingreso del nuevo académico explora la relación entre el derecho y la vida social rechazando la idea de que la historia del derecho debe desterrarse de nuestras preocupaciones y ocupaciones de investigación. Hace algún tiempo advertí que no debía presentarse esa ignorancia como una virtud metodológica. Porque la historia jurídica aclara situaciones que auxilian a quienes se dedican al estudio de cuestiones económicas y sociales. Lira señala que la propiedad y las formas de utilización de la tierra, el régimen de minas, las disposiciones sobre la erección de pueblos en tierras de las haciendas por efecto del crecimiento demográfico son preguntas que preocupan a quienes deben responderlas para seguir beneficiando su investigación sobre la sociedad y la economía. Creo que interesará a Andrés saber que hace poco tiempo, conversando en París con François Chevalier, éste comentaba por su parte que después de la visión más amplia de su maestro Marc Bloch le parecería que el estudio histórico ceñido únicamente a la economía dejaba de lado cuestiones fundamentales que Chevalier había tratado de esclarecer al estudiar la formación de los latifundios en la historia de México. El cuadro a su juicio debe ser más amplio y tener

presentes las conexiones que existen entre las formas jurídicas y la vida social que se trata de esclarecer. Ahora bien, el propio Lira recuerda en su discurso que para Marc Bloch, "el derecho es la envoltura de realidades en sí mismas demasiado variadas para suministrar con provecho el objeto de un estudio único y no agota ninguna de ellas". Y ponía como ejemplo que la historia de la familia no podía hacerse recurriendo sólo a las disposiciones de derecho que la han regido en diversos momentos. Esos límites deben reconocerse sin que por ello se crea que el solo estudio económico o social a su vez pueda prescindir del derecho que existe en las circunstancias que se estudian. Vayamos más lejos para recordar con San Agustín que aun los saltadores de caminos necesitan de cierto orden para el reparto del botín, ya que en ausencia de él acabarían matándose entre sí al borde del camino donde realizan sus fechorías. Lira a su vez cita el buen ejemplo de la falsificación o amaño de títulos exhibidos en los pleitos de tierras por muchas comunidades de indígenas como testimonio del conflicto permanente de nuestra realidad agraria. Dice atinadamente que se trata de un extremo de la formalidad del orden legal como instrumento de observación de la sociedad. Convengo con él en reconocer la riqueza informativa de la parte expositiva de los hechos que se halla en las cédulas reales que dan lugar luego a las disposiciones reunidas en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. No hace mucho recordaba en el Colegio Mexiquense de Toluca que además de esas disposiciones reales, se cuenta para el estudio del derecho indiano con los mandamientos virreinales más cercanos a la realidad vivida, y por fin con los asientos de los corregidores y otras autoridades locales que han venido apareciendo últimamente y que se hallan muy cercanos a lo ocurrido, por ejemplo, cuando envían al trabajo a los deudores y a los penados por delitos y sale la caravana a los caminos a semejanza de la de galeotes que encontró don Quijote cuando decidió liberarlos. Recuerdo para dejar este punto, que mi maestro de Derecho Constitucional, Hilario Medina, había resuelto introducir en sus enseñanzas, al lado de los cuerpos de las constituciones, los numerosos planes de los caudillos que habían salido a luchar para imponer sus miras personales y sociales, y estimaba que esas rupturas del orden venían a formar parte no solamente de la historia del periodo que estudiaba sino también de ese derecho constitucional entendido en forma social más amplia que tenía la misión de enseñar.

Digamos finalmente que por su edad todavía joven y ya madura, su preparación en historia y en derecho, la originalidad de los temas que

escoge, la aplicación probada que pone en las investigaciones, la Academia Mexicana de la Historia se enriquece al recibir al nuevo miembro de ella en espera de futuros rendimientos que contribuirán al mejor conocimiento de la historia mexicana.

NOTICIAS DEL CURSO 1988/1989

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: I. *Calendario escolar*. II. *Junta directiva*. III. *Personal administrativo*. IV. *Profesorado*. V. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. VI. *Biblioteca y hemeroteca*. VII. *Publicaciones*. VIII. *Seminarios y conferencias*. IX. *Cooperaciones interinstitucionales*. X. *Otros acontecimientos memorables*. XI. *Apéndices*: I. *Alumnos titulados y tesis presentadas en el curso 1988/1989*. II. *Alumnos premiados en el curso 1988/1989*.

I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: lunes 5 de septiembre de 1988, 9:00 horas.

Iniciación: martes 6 de septiembre de 1988.

Vacaciones:

A) Del 17 de diciembre de 1988 al 1o. de enero de 1989.

B) Semana Santa, del 20 al 26 de marzo de 1989.

Terminación: 19 de mayo de 1989.

Exámenes preordinarios: del 22 al 31 de mayo de 1989.

Exámenes ordinarios: del 5 de junio al 14 de julio de 1989.

II. JUNTA DIRECTIVA

Rector, don José Cándano y García de la Mata; y vocales: don Fausto Rico Álvarez, primero; don Fauzi Hamdan Amad, segundo; y suplente, don Jorge Adame Goddard, unánimemente ratificados por la Junta General de Profesores en su sesión anual ordinaria del miércoles 16 de noviembre de 1988 a las 19 horas.

III. PERSONAL ADMINISTRATIVO

Sin cambio alguno tampoco respecto a su integración durante el curso anterior, continuó con don Pedro Barrera Ardura como secretario general; don Jaime del Arenal Fenochio, secretario académico; don Graciano Contreras, tesorero; don Jorge Adame Goddard, director del Fondo para la Difusión del Derecho y del Consejo Editorial

de la RIJELD; el alumno don Armando Trigo Rizo, gestor de la secretaría general; y quien esto escribe, coordinador de seminarios.

IV. PROFESORADO

Tres designaciones y diez suplencias por licencia son los movimientos registrados.

Fueron nombrados profesores: don Rodolfo Félix Cárdenas, del Seminario de Derecho penal de 2o. A; don Horacio Aguilar Álvarez, de Derecho constitucional en 3o. B; y don Miguel Ángel Hernández Romo, de Filosofía del Derecho en 5o. A.

Suplieron licencia pedida por los titulares: don Luis Zuno Chavira en Derecho civil de 1o. B por don Carlos Traslosheros; don Sergio Vela Martínez en Derecho penal de 2o. A por don Sergio Vela Treviño; don Alejandro Ogarrio en Economía del mismo grupo por don Rodrigo Sánchez Mejorada; en 2o. B, don Morelos Canseco en Teoría general del Estado por don Mauricio Oropeza y Segura —quien auxilió al grupo de profesores de Seminario de tesis en 5o. año— y don Carlos Sodi Serret en Derecho procesal civil por don José Becerra Bautista; en 3o. A, don Rafael Mateos Poumián en Derecho penal por don Raúl F. Cárdenas y don Guillermo Hamdan Castro en Seminario de Derecho penal por don Rafael Mateos Poumián; en 3os. A y B, don Francisco Villalón Ezquerro en Seminario de Derecho civil por don Luis Zuno Chavira; en 4o. B, don José Antonio Manzanero en Derecho civil por don Juan Manuel Asprón; y en 5o. B, don Benjamín Vidargas Rojas en Derecho monetario y bancario por don Roberto del Cueto.

V. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Entre sus novedades, mencionemos que se incorporaron a su personal don Martín Díaz Díaz el 15 de enero y don José Manuel Villalpando el 16 de abril del corriente año.

Asimismo, fueron ampliadas y remoleadas sus instalaciones.

VI. BIBLIOTECA Y HEMEROTECA

Bajo la dirección de don Jaime del Arenal Fenochio, con la colaboración de doña Laura Urbina, continúa desarrollando sus servicios de préstamo interno de libros, periódicos y revistas jurídicas y acrecentando su acervo con valiosas y numerosas adquisiciones.

VII. PUBLICACIONES

Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 12, 1988.

Miguel Villoro Toranzo: *Del Derecho hebreo al Derecho soviético: Ensayos de Filosofía e Historia del Derecho*, 1989.

Alvaro D'Ors: *Una introducción al estudio del Derecho*. Presentación y notas de Jorge Adame Goddard, 1989.

Antonio Muro Orejón: *Lecciones de historia del Derecho hispano-indiano*, 1989.

Pandecta, Revista de alumnos, número 11, septiembre-octubre de 1988.

VIII. SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

Tanto la Sociedad de Alumnos como la Asociación de Exalumnos, A. C., promovieron importantes actos de difusión jurídica, científica y cultural.

Ésta organizó un "panel de conferencias magnas" sobre *Los grandes cambios en el comercio exterior de México*, los días 19 y 20 de octubre de 1988, de 16:30 a 21:00 horas, en el que fueron expositores los especialistas: don Héctor Hernández Cervantes, don Jacobo Zaidenweber, don Roberto del Cueto Legaspi, don Ruperto Patiño Manffer, don Jorge Witker, don Luis Ortiz Hidalgo, don Armando F. Ortega Gómez, don René Villarreal Arrambide, don Luis Bravo Aguilera y don Ignacio Soto Borja.

Un "2o. panel de conferencias" analizó y evaluó interdisciplinariamente el *Turismo: estrategia de desarrollo para el fortalecimiento de México*, los días miércoles 5 y jueves 6 de julio de 1989, de 16:30 a 20:30 horas, con la participación de don Pedro Joaquín Coldwell, don Carlos Camacho Gaos, don Raúl de la Cerda Cerisola, don Carlos Müggensburg, don Enrique Hernández Jaime, don Jorge Gaxiola Moraila, don Pablo Macedo Pizarro y don Ignacio Soto Borja.

La Sociedad de Alumnos ofreció una *Conferencia de ambientación* a los alumnos de nuevo ingreso el 19 de septiembre de 1988. Y a más de haber colaborado antes con la Secretaría general en las inscripciones y brindado después asesoría jurídica gratuita al público y realizado torneos, exposiciones de pintura, encuestas magisteriales, excursiones, mejoras materiales, recitales, propaganda, obtención de ofertas de trabajo para los alumnos, análisis para obtener becas y estímulos de

posgrado, fiestas, etcétera, etcétera —todo ello dentro de un vasto programa humanístico—, organizó:

El desarrollo histórico de los derechos de autor en México, 27 de octubre de 1988, por don Adolfo Loredo Hill.

La evolución histórica de la Suprema Corte de Justicia, conferencia audiovisual, 24 de noviembre de 1988, por don Arturo Schoroeder Cordero.

Historia de la Escuela Libre de Derecho, seminario que comenzó el 18 de enero de 1989, por don Jaime del Arenal Fenochio.

Temas selectos de Derecho constitucional, por don Ignacio Burgoa Orihuela, ciclo de conferencias: *El Estado y la Iglesia*, *El presidencialismo mexicano* y *La renovación del Poder Judicial Federal*, 19 y 26 de enero y 2 de febrero de 1989.

La procreación y la maternidad artificial, ciclo que comenzó el 8 de febrero.

Ciclo de conferencias sobre Historia de México: Significado y alcance de la conquista, por doña Beatriz Ruiz Gaytán y comentarios de don Francisco de Icaza Dufour, 28 de febrero; *Formación de caudillos de la insurgencia*, por don Carlos Herrejón y comentarios de don Jaime del Arenal Fenochio, 2 de marzo; *La Reforma y el Imperio*, por don Moisés González Navarro y comentarios de don José Manuel Villalpando César, 8 de marzo. *Origen y causas de la Revolución Mexicana*, por don Javier García Diego y comentarios de don Martín Díaz.

Mesa redonda sobre el día internacional de la mujer, moderadora doña María del Carmen Carmona Lara y con la participación de doña Laura Trigueros y otras abogadas egresadas de la ELD, 7 de marzo.

IX. COOPERACIONES INTERINSTITUCIONALES

Don Jaime del Arenal Fenochio: *Ojeada a la historiografía sobre las instituciones jurídicas del siglo XIX*, Simposio de Historiografía Mexicana, Oaxtepec, Mor., 13 de octubre de 1988. *Tentativas democráticas en el siglo XIX y la dictadura porfiriana*, Centro Internacional de Estudios Superiores, 11 de noviembre de 1988. *El papel del Estado en lo educativo según las leyes mexicanas y según los acuerdos internacionales*, FUNDICE, 9 de enero de 1989. *Las tradiciones jurídicas en México*, Centro de Estudios de las Tradiciones de El Colegio de Michoacán, Curso del 6 al 17 de marzo de 1989. *Seminario de investigación jurídica*, Mexicali, Maestría en Derecho Público en

la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Autónoma de Baja California, del 5 al 16 de junio de 1989.

Don Jorge Adame Goddard: *La romanística y la compraventa internacional de mercaderías*, ENEP-Aragón, UNAM, II Semana de Derecho Romano, 29 de agosto de 1989.

Don Manuel López Medina: *Regulae iuris*, allí mismo, el 31 del mes y año citados.

X. OTROS ACONTECIMIENTOS MEMORABLES

Homenaje a don Toribio Esquivel Obregón, 17 de noviembre de 1988, con la conferencia de don Jaime del Arenal Fenochio y de don Francisco Javier Gaxiola.

Homenaje a don José Becerra Bautista, organizado por la Escuela, el Colegio de Abogados y los exalumnos, 23 de noviembre de 1988.

Comida, ofrecida por la Junta directiva a los profesores de la Escuela en el Club de Banqueros el jueves 8 de diciembre de 1988.

Homenaje póstumo a don Isaac Guzmán Valdivia, 6 de febrero de 1989.

Cena-baile, que tradicionalmente organiza el Comité Ejecutivo de la Sociedad de Alumnos cada año, 7 de abril de 1989.

Feria del Libro ELD, en el auditorio de la Escuela, durante la semana del 30 de enero al 3 de febrero de 1989, con la participación de una comisión de alumnos y doña Gisela A. Oscós Said, quien ha impulsado muy activamente la distribución de publicaciones.

XI. APÉNDICES

I. ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS EN EL CURSO 1988/1989

- 2087 J. Rodrigo Hernández Guerrero
Breves consideraciones en torno al arbitraje comercial internacional.
20 de septiembre de 1988.
- 2088 Angélica Josefina Laurent Pavón
Término de vigencia de la concesión minera de explotación de la ley de 1976.
22 de septiembre de 1988.
- 2089 Carlos Gerardo Espinoza Tirado
Penalidad de la tentativa punible y su problemática para efectos

- de la aplicación de la fracción I del artículo 20 constitucional.*
23 de septiembre de 1988.
- 2090 Gabriela Hernández Melgar
Comentarios a los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
26 de septiembre de 1988.
- 2091 María Estela Ayllón González
Evolución de la situación jurídica de la mujer en materia de familia en México.
27 de septiembre de 1988.
- 2092 Francisco Javier Lelo de Larrea Padilla
La simulación agraria y la facultad del presidente de la República para declarar inexistente, por actos de simulación, un fraccionamiento de propiedad afectable.
28 de septiembre de 1988.
- 2093 Carlos Enrique González Sánchez
La importancia de regular en el Código Civil el derecho de visita o de trato dentro del divorcio.
4 de octubre de 1988.
- 2094 Francisco Javier Portas Ledesma
El régimen jurídico de la caución de pagar los legados en el Derecho Romano.
10 de octubre de 1988.
- 2095 Jesús Agustín Celorio Vela
Los ingresos municipales previstos en el artículo 115 constitucional.
13 de octubre de 1988.
- 2096 Sergio Alberto Zepeda Gálvez. * *Mención en su examen.*
Derecho y cuestiones fundamentales de la Filosofía social.
14 de octubre de 1988.
- 2097 Armando Guillermo Toro Yáñez
Breves notas para el estudio de la evolución y perspectivas del contrato de obra.
18 de octubre de 1988.
- 2098 Laura Patricia Padrón Rodríguez de San Miguel. ** *Tesis laureada y mención en su examen.*
El menor y el Consejo Tutelar.
21 de octubre de 1988.

- 2099 Maricela Corres Santana
Las partidas secretas dentro del régimen financiero del Estado.
26 de octubre de 1988.
- 2100 Elizabeth Silva Hernández
La prenda: consecuencias y análisis del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
27 de octubre de 1988.
- 2101 Alejandro Rosas Torres
Estudio sobre la suplencia en la deficiencia de la queja en el recurso de apelación en el Distrito Federal.
28 de octubre de 1988.
- 2102 Héctor Mario Zamora Lezama. * *Tesis laureada.*
Cuestiones jurídicas en relación al programa emergente de renovación habitacional popular.
3 de noviembre de 1988.
- 2103 Margarita Eugenia Díaz Barriga. * *Mención en el caso práctico.*
Falta de probidad en la actividad notarial.
8 de noviembre de 1988.
- 2104 Miguel Gómez Bravo Topete
Consideraciones jurídicas en torno al sistema monetario mexicano.
9 de noviembre de 1988.
- 2105 Werner Rudolf Brechtel Bindel. * *Mención en su examen.*
Naturaleza jurídica de los pactos de no competencia en materia mercantil.
14 de noviembre de 1988.
- 2106 Beatriz Moguel Ancheyta. * *Mención en su examen.*
El Tribunal Federal Contencioso Electoral ante la Suprema Corte de Justicia.
15 de noviembre de 1988.
- 2107 Bruno Francisco Ferrari García de Alba. * *Tesis laureada.*
El matrimonio indisoluble.
21 de noviembre de 1988.
- 2108 Raúl Leonardo Noriega Hernández
Bases para la regulación de la investigación científica y tecnológica en aguas de jurisdicción nacional.
24 de noviembre de 1988.
- 2109 Jesús Zavala Pérez Moreno. ** *Tesis laureada y mención en su examen.*
Proyecto de una ley reglamentaria del artículo 28 constitucional

- en materia de servicios públicos.
25 de noviembre de 1988.
- 2110 Guillermo Federico Manning Martínez. * *Tesis laureada.*
La guardia nacional y el servicio militar obligatorio.
29 de noviembre de 1988.
- 2111 María del Refugio Bailón Bahena
Los terrenos baldíos en México: su imprescriptibilidad.
5 de diciembre de 1988.
- 2112 Cecilia Beatriz de Guadalupe Rodríguez Borrego. ** *Mención en su examen y el caso práctico.*
El trabajo del menor.
6 de diciembre de 1988.
- 2113 Gabriela de la Mora Galván. ** *Tesis laureada y mención en su examen.*
Análisis de la naturaleza jurídica de la regulación del sistema de habitaciones en tiempo compartido.
7 de diciembre de 1988.
- 2114 Jorge Cervantes Trejo
Aspectos jurídicos de los swaps de deuda por inversión en México.
14 de diciembre de 1988.
- 2115 Leopoldo Burruel Huerta
Las responsabilidades de los servidores públicos.
10 de enero de 1989.
- 2116 Efrén del Olmo Moraila
Transformación de sociedades civiles y mercantiles.
10 de febrero de 1989.
- 2117 Manuel Ernesto Núñez Cervantes
La función notarial en las sucesiones.
24 de febrero de 1989.
- 2118 Mónica Venegas Hernández
El salario en México.
2 de marzo de 1989.
- 2119 Luz Georgina Haro Vergara
Estructura política fundamental: decisión del pueblo y límite de la autoridad.
3 de marzo de 1989.
- 2120 Mauricio Bravo Fortoul
La invalidez de los actos administrativos.
10 de marzo de 1989.

- 2121 Mónica López Ramírez
Naturaleza y efectos de la condición y el término, modalidades de las obligaciones.
14 de marzo de 1989.
- 2122 Carlos de Jesús Pérez Montemayor
El albaceazgo y su naturaleza jurídica.
16 de marzo de 1989.
- 2123 Juana del Carmen Ramos Juárez. * *Tesis laureada.*
Breves reflexiones sobre las fuentes reales del Derecho.
28 de marzo de 1989.
- 2124 Luis Enrique Fuentes Tavira
Análisis exegético-jurídico y alcances del artículo 120 de la Constitución General de la República.
29 de marzo de 1989.
- 2125 Jorge Fernando Caraza Pinto. ** *Mención en su examen y el caso práctico.*
Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.
30 de marzo de 1989.
- 2126 José Luis Villavicencio Castañeda
La escisión de sociedades mercantiles en el Derecho mexicano.
31 de marzo de 1989.
- 2127 Javier Ulises Rodríguez Zúñiga
Análisis sobre el régimen del patrimonio inmueble federal en el Derecho positivo mexicano.
5 de abril de 1989.
- 2128 James Enrique Ritch Grande Ampudia
El servicio público de banca y crédito.
6 de abril de 1989.
- 2129 Carolina Becerril Velázquez * *Tesis laureada.*
Los centros de poder y la propiedad industrial.
7 de abril de 1989.
- 2130 Juan Carlos Zepeda Villaseñor
Proposición de un proyecto de ley de deuda pública federal.
11 de abril de 1989.
- 2131 Arturo Rosas Barrientos
Una nueva visión del juicio de amparo.
13 de abril de 1989.
- 2132 Luis Fernando Mena Toriz
El derecho del tanto.
14 de abril de 1989.

- 2133 Jorge Bernardo Sierra Navarro
Introducción a la ética profesional del abogado.
18 de abril de 1989.
- 2134 Martín Antonio de la Garza
El emplazamiento en juicios civiles del orden común en el Distrito Federal: sus vicios y medios de defensa.
19 de abril de 1989.
- 2135 Verónica Huerta Ortiz * *Tesis laureada.*
La influencia de la filosofía positiva en la enseñanza del Derecho en México (1867-1911)
20 de abril de 1989.
- 2136 Jorge Guízar Cortázar
Infanticidio, homicidio indebidamente atentado.
21 de abril de 1989.
- 2137 Lizbeth América Cedillo Valderrama ** *Tesis laureada y mención en su examen.*
Legislación y reglamentación.
25 de abril de 1989.
- 2138 Isaac Nathan Beja Beja * *Tesis laureada.*
Los negocios fiduciarios.
26 de abril de 1989.
- 2139 Fernando Moreno Gómez de Parada
La negativa ficta en el Código fiscal de la federación.
27 de abril de 1989.
- 2140 Ricardo Meljem Enríquez de Rivera * *Mención en su examen.*
Algunas consideraciones sobre los documentos canjeables por despensas.
28 de abril de 1989.
- 2141 Adriana Jiménez Beltrán
Atribuciones y naturaleza jurídica de las comisiones agrarias mixtas.
2 de mayo de 1989.
- 2142 Humberto Daniel Pánuco Laguetta ** *Tesis laureada y mención en su examen.*
Defensa de las constituciones locales en la República mexicana.
3 de mayo de 1989.
- 2143 Alejandro Zinser Sierra
Necesidad de legislar en materia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida.
4 de mayo de 1989.

- 2144 Guadalupe Magdalena Sánchez Palacios
El menor ante la infracción de la ley penal en el Distrito Federal.
8 de mayo de 1989.
- 2145 Juan Carlos Moreno Guzmán
El estudio teórico práctico del acto reclamado.
9 de mayo de 1989.
- 2146 Javier Zambrano Elizondo
Algunas consideraciones en torno al artículo 25 constitucional.
11 de mayo de 1989.
- 2147 Luz Ma. del Socorro Ortiz Marín
Naturaleza jurídica del albaceazgo.
12 de mayo de 1989.
- 2148 Luis Reynaldo Vera Morales
El movimiento estudiantil de 1968: Un estudio sociológico-jurídico.
15 de mayo de 1989.
- 2149 Ovidio Cortázar Ramos
Sistema de planeación democrática.
16 de mayo de 1989.
- 2150 Luis Carlos Moreno Durazo
Los derechos políticos en el sistema constitucional mexicano.
17 de mayo de 1989.
- 2151 Enrique Manuel Ramírez Ramírez
Análisis del proceso de desincorporación de las entidades paraestatales.
18 de mayo de 1989.
- 2152 Jorge de Ibarrola Dávalos
El contrato de transferencia de tecnología.
19 de mayo de 1989.

II. ALUMNOS PREMIADOS EN EL CURSO 1988/1989

1o. A

Primer premio

Hernández Torres Ana Lilia

Segundo premio

Cataño Muro Sandoval Carlos
 Huet Covarrubias María del Rosario
 Ruiz Buzo Julia Berenice

1o. B

Segundo premio

Pérez Santiago Guillermo

1o. C

Primer premio

Magaña Luna Rubén
 More Domenech Ricardo Luis

Segundo premio

De la Garza Herrera Carlos Juan
 García de Acevedo Chávez Juan
 Herrera Villanueva José Joaquín
 Moreno Gálvez Sandra Yadira

2o. A

Primer premio

González Bernal Juan Manuel

Segundo premio

Rico Casso Juan Pablo
 Venegas Díaz Jorge Alberto

2o. B

Segundo premio

Avante Juárez Rafael Adrián

Peniche García Alfonso
 Rivera-Río Horcasitas Gustavo José
 Sánchez Dávila Adriana Gabriela

3o. B

Primer premio

Hernández-Romo Valencia Elisa Guadalupe

Segundo premio

Andere Pérez Moreno Antonio
 Suárez Guati-Rojo Terpsícore

4o. A

Primer premio

Fernández Contro Miguel

Segundo premio

Fuentes Ostos Francisco
 Zavala Gómez del Campo Margarita
 Olán Niño Armando

4o. B

Segundo premio

Sodi Patiño Jorge Alejandro

5o. A

Primer premio

Robles Miaja Rafael

Segundo premio

Cortina Borja María de la Luz
 Rodríguez Inda Jesús

50. *B**Segundo premio*

Fuentes López Martha Isabel
Gutiérrez Hernández Arturo
Olan Niño Armando

DISCURSO PRONUNCIADO EL 4 DE SEPTIEMBRE DE 1989
EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR
1989/1990 POR EL SR. LIC. FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR

Sr. Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Honorables miembros de la Junta Directiva,
Señores profesores
Alumnos de la Escuela
Señoras y señores

La Junta Directiva me ha distinguido al designarme para pronunciar unas palabras, con motivo de la iniciación del septuagésimo octavo año lectivo de la Escuela Libre de Derecho y quiero dirigir mis palabras en forma especial a quienes hoy inician una nueva etapa de su vida, encaminada a la realización de estudios para obtener el título de abogado, pues son ustedes, jóvenes, la razón de ser de esta institución, la sangre nueva que mantiene y vivifica a la Escuela que agoniza, pues "agonía, enseñaba Unamuno, quiere decir lucha. Agoniza el que vive luchando, luchando contra la vida misma y la muerte".

En ustedes, alumnos de nuevo ingreso, se actualizan año con año, los ideales de quienes en 1912, en una rebelión creadora, la única verdadera, según Ortega y Gasset, aportaron su entusiasmo fervoroso, su optimismo de siempre y hasta la inexperiencia juvenil, "Todo ello alentado por un anhelo de libertad y de amor a la ciencia", según palabras de Herrera Lasso. Es su vocación, inclinación del espíritu, lo que les ha motivado a escoger la profesión de abogado y un acto de voluntad profundamente razonado, lo que les ha traído a esta Escuela, nacida de aquel ideal de libertad, hasta hoy sostenido y defendido con firmeza, por ser esencia de su mismo ser y fundamento axiológico de su existencia.

Consecuencia inmediata del axioma enunciado, es el Estatuto de la Escuela, obra de los ilustres jurisconsultos, don Agustín Rodríguez, don Francisco León de la Barra, don Emilio Rabasa y don Demetrio Sodi, que en su artículo primero proclama: "La Escuela Libre de Derecho tiene por objeto exclusivo la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares y es una institución independiente del poder público y

ajena a todo fin político o credo religioso". Estos principios, expuestos en los momentos aciagos en que nuestra Patria se encontraba en el umbral de la revolución fueron, señala don Emilio Rabasa, "una piedra arrojada al pozo que se abre para recibir los cimientos de un gran edificio". El tiempo habría de dar la razón a nuestros fundadores, pues la excelencia académica sólo puede ser alcanzada en la libertad y con independencia de cualquier poder; así en sus 77 años de vida, la Escuela Libre de Derecho ha visto otorgársele la autonomía a la Universidad Nacional y también ha contemplado el nacimiento de varios institutos privados de enseñanza superior.

Una segunda consecuencia de aquel principio es la irrestricta libertad de cátedra. Hasta hoy mantenida, en concordancia siempre con el artículo 5º del citado Estatuto, que prescribe: "El servicio de los profesores será necesaria e invariablemente gratuito", disposición que debió parecer romántica en 1912 e inconcebible en nuestros tiempos y es sin duda elemento importante en el éxito y supervivencia de esta Institución, pues todos los egresados de ella y ustedes los que hoy ingresan, debemos estar concientes que somos los llamados para heredarla y perpetuar su existencia.

Cabe subrayar aquí que esta Escuela, cuya finalidad consiste, según palabras de Rabasa, en "la noble tarea que quiere alumbar los entendimientos sin violar la integridad de las conciencias", ha sido y con firmeza lucharemos por que así continúe siendo, una Institución sin propósitos de lucro, cuyo patrimonio y supervivencia económica, se ha logrado gracias a la generosidad de los maestros, a las moderadas contribuciones de los alumnos y las eventuales aportaciones de los ex-alumnos. De tal forma, la labor tanto de la Escuela como de sus maestros, debe estar encaminada siempre en forma exclusiva al logro de la excelencia académica y por ello vale recordar ahora los ya lejanos años de su fundación, cuando un grupo de los alumnos disidentes se enfrentaron al entonces director de la Escuela de Jurisprudencia, quien les manifestó, que para él eran tan sólo un escalón político, y al respecto dice don Gustavo R. Velasco, que desde entonces quedó incorporada "a nuestra tradición y nuestra esencia la prohibición de que ni la escuela ni los estudiantes, sean peldaño ni económico ni político de ninguna clase".

Una tercera consecuencia de los valores inspiradores de esta Escuela, es que su orden y disciplina se encuentran confiados al honor de los alumnos, frase que se antoja quijotesca y no falta quien hoy exija su desaparición en aras de la modernidad, en donde el concepto honor parece un arcaísmo sustraído de los libelos caballerescos que nublaron

la mente de don Alonso Quijano, pero quienes esto afirman, olvidan que los conceptos de modernidad o moda, son por definición intrascendentes y temporales, en tanto que los valores son eternos. El transcurso del tiempo ha dado de nuevo la razón a nuestros fundadores, que plasmaron estos principios en el reglamento escolar, pues bien sabían ellos que los espíritus formados en la libertad, que no en el libertinaje, cuando quieren hacer oír su voz, recurren a la razón, nunca a la violencia y es así como los 77 años de vida de esta Escuela, jamás se han cerrado sus puertas o interrumpido sus cátedras, por un acto de indisciplina de sus educandos.

Los principios y valores hasta aquí descritos, han permanecido intactos durante la existencia de la institución, pero hoy, ante los cambios finiseculares, cuando a la humanidad entera parece remorderle la conciencia por lo acontecido en esta centuria, como de igual manera ha sucedido en los siglos precedentes y el hombre ansioso busca cambios que le lleven a una vida más justa y desde luego más feliz, no podemos pensar que nuestra Escuela permanecerá incólume ante el acontecer histórico pues ya en nuestras aulas, pasillos, en la misma rectoría, de viva voz y a través de escritos, se exigen y se proponen cambios.

Tal parece que hoy día el cambio es un imperativo y un requisito de supervivencia, lo que nos hace recordar las palabras de Mallarmé, cuando critica a los parnasianos y dice "La belleza no está en el misterio, sino en el deseo de penetrarlo" y el cambio es precisamente el misterio que ansiamos descubrir, pero el camino es peligroso y es posible que sucumbamos en el caos.

De aquí que el cambio deba ser profundamente razonado y guiado por la prudencia, y siendo esta Escuela desde su fundación, producto del esfuerzo conjunto de maestros y alumnos, que son sus elementos esenciales y únicos indispensables para su existencia, creemos que es a ellos, de manera exclusiva, a quienes corresponde por derecho dar la prospectiva del cambio y organizar la escuela del futuro que será la Libre de Derecho del siglo XXI. Excluir a cualquiera de ellos, sería olvidar nuestros principios y renegar de nuestros orígenes.

Ahora bien, en esta sociedad mutante y sin adoptar una actitud misionista, tenemos la convicción de que esta Escuela tiene principios esenciales, los cuales deben ser defendidos con vehemencia, para no decir con Kierkegaard, "quéjense otros de que los tiempos son malos; yo me quejo de que son mezquinos, por faltarles pasión". La abolición o el cambio de esos valores, implicaría, si no la desaparición de la Escuela, sí la pérdida de su identidad, lo cual sería traicionar la lucha

y los esfuerzos de quienes la crearon en 1912, los sacrificios de aquéllos que por largo tiempo sufrieron la falta de reconocimiento oficial, a los grandes juristas que generosamente han compartido sus conocimientos y a todos aquéllos que concebimos a la libertad como el principal don divino.

Hago votos para que ustedes, jóvenes de nuevo ingreso, después de leer y releer la historia de esta Escuela, "que es como la de los pueblos felices, sencilla y breve" según decía nuestro Rector Velasco, lleguen a amarla, pues serán ustedes quienes la han de heredar en un futuro y serán también ustedes los encargados de defender con fervor los valores que la inspiran, o sea, que en el marco del más absoluto respeto a la libertad, sea alcanzada la excelencia académica y que la enseñanza y la difusión del Derecho se den con un espíritu de servicio a la sociedad, apartados de todo fin de lucro e interés político.

Para terminar, no podemos más que reiterar las palabras ya clásicas, de nuestro primer Rector Honorario, aquel 24 de julio de 1912, en que fue inaugurada la Escuela Libre de Derecho: "Dios, autor de las buenas leyes e inspirador de las buenas obras, conforte vuestros alientos y dé a la Escuela largos años en honra vuestra y para bien de nuestra querida patria".

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DE LA
SOCIEDAD DE ALUMNOS, ÁLVARO J. ALTAMIRANO, EN
LA APERTURA DEL CURSO 1988/1989, EL 4 DE
SEPTIEMBRE DE 1989

Sr. abogado don José Cándano García de la Mata,
Rector de la Escuela Libre de Derecho,

Señores miembros de la Junta Directiva,
Sr. abogado don Pedro Barrera Ardura,
Secretario de la Escuela.

Alumnos, ex alumnos y maestros,
Señoras y señores:

A principios de este siglo, un grupo de jóvenes alumnos y entusiastas maestros concibieron un concepto nuevo de escuela. Una institución ajena a todo fin político y credo religioso e independiente del todo del poder del estado y cuyo objeto formal fuera el estudio de la Ciencia del Derecho y su objeto material crear el ambiente adecuado para la exposición de cátedra y la debida apreciación y asimilación de la misma. En aquel entonces, el 24 de julio de 1912, se fundaba la Escuela Libre de Derecho, nuestra querida "Libre", y si bien es cierto que una vez concebida la Institución al momento de su fundación, los alumnos confiaron su organización, manejo y dirección a los maestros, también lo es que su alma somos nosotros, los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, teniendo la responsabilidad de guardar el orden y mantener la disciplina, en virtud de que están confiados a nuestro honor.

Aquella Escuela a la cual me he referido, ha sido grande, lo es actualmente y lo seguirá siendo en razón de que su historia lo ha demostrado, actualmente lo vivimos y gracias al entusiasmo de nosotros, a la vitalidad de ex alumnos y a la dedicación de maestros, la Escuela Libre de Derecho será todavía mucho más grande, en virtud de que año con año, las nuevas generaciones de egresados, con una educación que marca un sello especial como hijos de la Escuela, honrados,

competentes y serios, ejercen con orgullo la noble profesión de abogado en el Foro Mexicano.

Hace ya más de cuatro meses que protesté el cargo de Presidente del Comité Ejecutivo de la Sociedad de Alumnos de esta Escuela, con la única finalidad de representar a los alumnos ante las autoridades de la misma y ante toda clase de organizaciones educativas, culturales, sociales, políticas y deportivas, además de coordinar las actividades de la Sociedad de Alumnos. En aquella fecha, el 18 de abril del presente año, surgió un concepto nuevo; el mismo de aquellos entusiastas jóvenes alumnos y dedicados maestros de 1912 y que se repite en cada generación que ingresa a nuestra Escuela y por supuesto en cada generación que termina sus estudios en la misma. Hablar entonces de un concepto nuevo pudiera parecer falso, palabras vacías en contenido y no es el caso. Un concepto nuevo cuando contiene un alto valor y persigue nobles ideales, puede repetirse a través del tiempo sin perder jamás su novedad, y en el caso ese ha sido el concepto nuevo de Escuela de quienes fundaron nuestra Alma Mater. Concepto, que la mayoría de los alumnos meses atrás, retomamos para concebir no una Institución, como en 1912 fue la Escuela Libre de Derecho, ésta ya nos ha sido legada por nuestros padres y abuelos, sino que aquel concepto nuevo lo hemos aplicado ahora, a una Sociedad de Alumnos, suma del entusiasmo, del pensamiento, de la energía y de los más nobles ideales de todos y cada uno de nosotros y dándole a la misma una conceptualización novedosa que se repita día con día y que precisamente por sus nobles fines e ideales, quede vigente a través del tiempo, como parte integrante e indispensable de nuestra querida Escuela.

Innovar, tratándose de una Sociedad de Alumnos, resultaría pretencioso, pero renovar ideas, coordinar fuerzas, reafirmar rutas y absorber experiencias, lo podemos traducir en apoyo al alumnado, en fuerza paralela a la Dirección de la Escuela, en organización de eventos académicos, culturales, sociales y deportivos, en mejoramiento de condiciones de estudio y nivel académico, en reconocimiento de sociedades afines nacionales y extranjeras relacionadas con la Ciencia del Derecho, en organización de actividades interuniversitarias, en publicaciones y revistas jurídicas, en relaciones con ex alumnos y maestros y lo más importante, en llevar el nombre de nuestra Escuela aún más alto de donde se encuentra.

Hoy, 4 de septiembre de 1989, ratificamos nuestro compromiso con la Escuela, con los ex alumnos, con nuestros maestros, con nuestras

familias y con la vida; porque el alma de la "Libre" somos nosotros y cada uno debemos sentir lo mismo y si no es así, nos iremos a otra parte, pero nunca permaneceremos en ella sin sentirla, sin sentirnos como alumnos de la mejor escuela de Derecho en México.

Si toda la energía y la imaginación de que es capaz nuestra juventud, la sumamos al concepto nuevo de Escuela de los fundadores de 1912, hoy, 77 años después, tendremos también un concepto nuevo, pero aplicado a nuestra Sociedad de Alumnos e inspirado en los nobles ideales de quienes fundaron nuestra querida Escuela, la Escuela Libre de Derecho.

Por su atención, a todos, muchas gracias.