

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

MÉXICO, 1990

AÑO 14

NÚMERO 14

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*
Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Vocal Suplente*

Secretarios:

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

CONSEJO EDITORIAL

Consejo Editorial:

Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Director*
Dr. Jorge Adame Goddard
Lic. Jaime del Arenal Fenochio
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Carlos Müggensburg
Lic. Gisela Oscós Said
Lic. Ramón Sánchez Medal

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

Edición el cuidado del licenciado Manuel López Medina

ISSN 0185-1438

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

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

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

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

INDICE

DOCTRINA GENERAL

JORGE ADAME GODDARD

Reglas de interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías 9

MIGUEL ALESSIO ROBLES

Dualidad: Derechos reales y personales 33

SUSANA BARROSO MONTERO

La protección de las obras mexicanas en los Estados Unidos de América 65

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

El uso de la Bula *Inter cetera* por Bartolomé de las Casas . . . 75

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

Los fundamentos de una Sociedad injusta 111

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ

El litigio del Tlahualilo: Presagio de un Derecho de propiedad sin arrogancia 129

RAFAEL ESTRADA SÁMANO

Control preventivo de la constitucionalidad: ¿Un Consejo Constitucional? 195

BERNARDO GÓMEZ VEGA Y HORACIO RANGEL ORTIZ

Situación jurídica de los inventos farmacéuticos 205

FAUZI HAMDAN AMAD

Algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la Administración Pública Federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos 239

ALEJANDRO MAYAGOITIA

Notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos 261

SALVADOR MIER Y TERÁN

El matrimonio como negocio jurídico 289

PILAR NORIEGA GARCÍA

Seguridad y violencia social: Los motivos de una sociedad temerosa 313

GISELA OSCÓS SAID

Nuremberg: 45 años después 333

RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL

En torno a las obligaciones pecuniarias 379

EUGENIO URSÚA-COCKE Y WILLIAM P. MACPHERSON

El papel del abogado en México 419

MIGUEL VILLORO TORANZO

Los principios doctrinales del Derecho 465

SECCIÓN MONOGRÁFICA

LA INVERSIÓN EXTRANJERA

LUIS MIGUEL DÍAZ

Promoción internacional de la inversión extranjera; El MIGA 475

JOHN B. MCKNIGHT Y CARLOS MUGGENBURG R.V.

Liberación del régimen legal de las franquicias en México . 525

RAFAEL PÉREZ MIRANDA

La inversión extranjera directa 545

MISCELÁNEA

PATRICIO MARCOS

La cuestión democrática 585

JOSÉ MANUEL VILLALPANDO CÉSAR

Para llegar a ser abogado: Perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio, de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho 595

MANUEL LÓPEZ MEDINA

Algunas noticias del ciclo escolar 1989/1990. 637

Reseña bibliográfica de: *Escuela Libre de Derecho (1912-1987)* 669

Noticias necrológicas 671

DIEGO MARTÍN DEL CAMPO

Discurso pronunciado en la apertura del curso escolar 1990/1991. 677

PABLO R. GONZÁLEZ G.

Discurso pronunciado en la apertura del ciclo escolar 1990/1991. 681

PUBLICACIONES DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO 685

MIGUEL VILLORO TERANZO (S.L.) 691

REGLAS DE INTERPRETACIÓN SOBRE COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: *Introducción. I. Interpretación de la convención. 1. Principios de interpretación: a) Interpretación internacional; b) La buena fe como principio de interpretación. 2. Integración: a) determinación de una "laguna"; b) interpretación por analogía; c) integración de normas a partir de principios generales; d) el recurso al Derecho interno. 3. Problemas en la interpretación de la convención. II. Interpretación del contrato de compraventa. 1. Criterio subjetivo. 2. Criterio objetivo. 3. Circunstancias externas a considerar. III. Usos aplicables. 1. Usos obligatorios por acuerdo expreso de las partes. 2. Usos tácitamente convenidos. 3. Usos obligatorios por disposición de la convención. 4. Validez de los usos. 5. Prueba de los usos. IV. Interpretación de algunos términos específicos. 1. Interpretación del término "establecimiento". 2. Interpretación de la expresión "por escrito".*

INTRODUCCIÓN

La *Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías*, (en lo sucesivo, la convención) que entró en vigor en México el 1 de enero de 1989 constituye un notable avance en la construcción de un derecho mercantil común, o supranacional.¹ Sus reglas de interpretación son un elemento fundamental de la misma. El correcto conocimiento del alcance de ellas permite darse cuenta de la novedad jurídica que implica una convención de este tipo, y de los graves obstáculos que pueden impedir su desarrollo. El objetivo fundamental que se tenía en mente al aprobarla era conseguir la uniformidad en el régimen jurídico de la compraventa internacional de mercaderías. Este objetivo es difícil de alcanzar, pues no basta con tener, como ya se tiene, un acuerdo respecto de un

¹ Una descripción general sobre la convención, su texto oficial y guía bibliográfica sobre ella, puede verse en ADAME GODDARD, Jorge. "La convención sobre compraventa internacional de mercaderías", sección monográfica de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Número 13, México, 1989, pp. 499-676.

texto escrito, sino que además es necesario que la interpretación que se haga de ese texto, y que será hecha por jueces y árbitros pertenecientes a los más diversos sistemas y tradiciones jurídicas, sea también uniforme, o al menos, se haga a partir de reglas comunes.

Las reglas de interpretación son parte tan esencial de la convención, que Joachin Bonell,² uno de los juristas que más conocen de ella, opina que las partes de un contrato que va a regirse por la convención no pueden acordar —no obstante el principio de autonomía de las partes establecido en el artículo 6— que la convención se interpretará por otras reglas que no sean las que ella misma precisa. Estas las define en sus artículos 7, 8 y 9.

El artículo 7 precisa cómo debe hacerse la interpretación de la convención. Señala, párrafo primero, que la explicación y extensión de sus disposiciones a situaciones concretas debe ser hecha con un criterio "internacional". Luego, párrafo segundo, precisa que la integración de normas nuevas para solucionar casos no resueltos expresamente por ella debe hacerse a partir de los principios generales en que se basa la convención.

El artículo 8 señala dos criterios para interpretar el contrato de compraventa y las declaraciones de las partes, previas o posteriores al mismo. El primero es subjetivo: las declaraciones se interpretan de acuerdo con la intención de quien las hace. El segundo, de aplicación subsidiaria, es objetivo: se interpretan de acuerdo con el sentido que les daría una persona razonable.

La cabal interpretación del contrato y de la convención requiere conocer cuáles serán los usos mercantiles aplicables, ya que constituyen normas jurídicas que pueden modificar, ampliar o incluso derogar las disposiciones de la convención. El artículo 9 establece que son aplicables al contrato los usos que las partes hayan convenido expresa o tácitamente, estos últimos bajo ciertas circunstancias, y determina que ciertos usos, por ser ampliamente difundidos y observados, se aplican, independientemente de la voluntad de las partes, por disposición de la propia convención.

En los artículos 10 y 13 la convención precisa cómo han de interpretarse dos términos que tienen gran importancia práctica: el término "establecimiento", que es decisivo para resolver si la convención se aplica a contratos determinados, y el término "por escrito", que se interpreta de forma muy liberal a fin de facilitar los tratos comerciales.

² BONELL, "Interpretation of convention" en *Commentary on the international sales law*, Milan, Giuffrè, 1988, (en lo sucesivo *Commentary*) pp. 93 y 94.

I. INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN

1. Principios de Interpretación

Las reglas para interpretación del texto de la convención, esto es para, la explicación y delimitación del alcance de sus disposiciones, las define el primer párrafo del artículo 7. Ahí se establece que en la interpretación de la convención deberán tenerse en cuenta: a) su carácter internacional; b) la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, y c) la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

En realidad, el artículo establece dos criterios de interpretación. El primero es el carácter internacional del texto, y el segundo el principio de buena fe. El objetivo de conseguir la uniformidad en su aplicación, no es más que una consecuencia del carácter internacional del texto.³

Párrafos como éste se encuentran ya incorporados en otras convenciones internacionales, como la convención sobre prescripción de acciones en la compraventa internacional (artículo 7), la convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías (artículo 6), o la convención sobre el transporte marítimo de mercancías (artículo 3). El objeto de ellos, como se explicará adelante, es conseguir que las convenciones se interpreten independientemente de los conceptos, reglas y principios de un determinado derecho nacional.

a) *Interpretación internacional*. Esta es la directriz fundamental, y es rica en implicaciones. La primera, de carácter negativo, es que la convención no debe interpretarse a la luz de uno u otro derecho nacional. Teniendo en mente esto, los redactores de la convención procuraron, en la medida de lo posible, usar un lenguaje común, no técnico, para evitar así que se interpretara de acuerdo con tradiciones jurídicas nacionales. Por eso evitaron el uso de términos como culpa, fuerza mayor y otros.⁴

El que la interpretación no sea nacional conlleva que los jueces o árbitros que conozcan de controversias regidas por la convención, deben hacer a un lado, en la medida que esto sea posible, su propia tradición jurídica; sus leyes, sus precedentes judiciales o jurisprudencia y su doctrina nacionales. Esto no va a ser nada fácil de llevar a la

³ Así opina BONELL, *Commentary*, p. 72.

⁴ HONNOLD, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, Trad. por Fernando Sánchez Calero y Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, 1987, p. 137. En lo sucesivo, HONNOLD.

práctica, por la inercia propia de las concepciones jurídicas y el peculiar, y razonable, conservadurismo de los jueces.

Desde un punto de vista positivo, la interpretación internacional significa que la convención debe interpretarse autónomamente. No obstante que la convención sea aprobada y ratificada por un Estado, y adquiera de esa manera el rango de derecho positivo en el orden jurídico de ese Estado, materialmente no es Derecho nacional, porque rige relaciones comerciales internacionales que se establecen entre personas de diferentes nacionalidades y en ámbitos territoriales que exceden los límites del territorio de un Estado. Por eso, la convención no debe interpretarse como parte de un orden jurídico nacional, sino que debe interpretarse, por ahora, como un derecho autónomo. Con el tiempo, deberá irse formando un cuerpo de derecho privado internacional, del cual la convención será una parte, y entonces el requisito de interpretación internacional, ya no se agotará en la interpretación autónoma, sino que exigirá la interpretación en concordancia con ese futuro derecho privado común.

La interpretación autónoma de la convención exige que ella sea, en cuanto esto sea posible, interpretada por sí misma. Lo primero es desentrañar el significado literal del texto, pero cuando éste es oscuro, o insuficiente para resolver un problema determinado, entonces se debe procurar la interpretación del sentido de sus palabras.

En este punto, podrá presentarse una diferencia importante entre los juristas y jueces de países de derecho codificado, que están acostumbrados a interpretar ampliamente las leyes, procurando descubrir su sentido en la intención del legislador, y acudiendo con ese fin a la historia legislativa, y los juristas y jueces de países del *common law*, que procuran interpretar estrictamente las leyes, sólo por su significado literal, y acudir, cuando éste no es suficiente, a sus precedentes judiciales.

Los comentaristas⁵ de la convención opinan que la convención deberá interpretarse ampliamente, esto es procurando desentrañar el sentido que pueden tener sus disposiciones más allá de su significado literal. La misma idea se encuentra en la *Convención de Viena sobre el Dere-*

⁵ HONNOLD, p. 138. El volumen de comentarios a la convención, preparado por BIANCA y BONELL (*Commentary*), en el que participaron redactores del proyecto y miembros de las representaciones de los gobiernos a la conferencia de Viena, contempla, como principio metodológico, que todos los comentarios se inicien con una historia del texto en estudio.

cho de los tratados (1969);⁶ su artículo 31 dispone que los tratados se interpreten de acuerdo con el significado ordinario de las palabras en su contexto, y a la luz de la finalidad y propósitos de los tratados.

Para realizar esta interpretación del sentido, los autores recomiendan acudir a la historia de la convención, de modo que las fuentes para desentrañar el sentido del texto actual sean los textos que les sirvieron de antecedente (las convenciones de La Haya de 1964 y los proyectos preparados por UNCITRAL, principalmente), así como las discusiones habidas en su formulación y aprobación, tanto en las sesiones del grupo de trabajo y de UNCITRAL, como en la conferencia de Viena. El artículo 32 de la citada convención sobre el Derecho de los tratados también aprueba el recurso a la historia legislativa.

Honnold advierte que el recurso a la historia legislativa debe ser moderado y prudente. Quien quiera servirse de ella para explicar una disposición deberá demostrar que los antecedentes que aduce realmente revelan la intención y concepción que tenían los legisladores y que, de algún modo, se conservan en el texto vigente. Por eso, no todo antecedente documental puede ser prueba de que el texto actual tiene determinado sentido; el hecho, por ejemplo, de que en alguna sesión de la conferencia de Viena se rechazara una proposición determinada, no significa que las concepciones jurídicas habidas en esa proposición quedaron definitivamente excluidas del texto vigente. La convención sobre el derecho de los tratados (artículo 32) dispone que el recurso a la historia legislativa procede a efecto de "confirmar" una interpretación literal o de sentido o para determinar un nuevo significado a un texto cuyas interpretaciones literal o de finalidad resultan oscuras o irracionales.

Otro recurso es acudir a las distintas versiones oficiales de la convención. Ésta se publicó, oficialmente, en seis idiomas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso. Puede ser que el texto que en una versión resulta oscuro se esclarezca comparándolo con el de otra versión oficial. Resultaría difícil admitir que pudieran también ser esclarecedoras de una versión oficial, las traducciones de la convención hechas a otros idiomas, por ejemplo las traducciones alemana o italiana.

La interpretación de la convención se irá desarrollando paulatinamente, por medio de obras doctrinarias de juristas y sentencias de jueces y árbitros. Unas y otras constituirán el cuerpo doctrinal que explique, desarrolle y sistematice el nuevo Derecho de la compraventa

⁶ Ratificada por México, y promulgada en el *Diario Oficial* el 14 de febrero de 1975.

internacional, que contiene en germen la convención. Los jueces o árbitros que tengan que decidir controversias regidas por ella deberán tener en cuenta, esta es otra exigencia del criterio de interpretación internacional, las obras doctrinarias que se hayan publicado, aun cuando no fueran editadas en el país donde tengan jurisdicción, y las sentencias que otros jueces o árbitros hayan dado en aplicación de la convención, aunque sean órganos jurisdiccionales extranjeros.⁷

b) *La buena fe como principio de interpretación.* Cuando la UNCTRAL realizó la última revisión del proyecto de convención, se decidió incluir en el primer párrafo del artículo 7 el principio de buena fe, no como una obligación general de comportamiento de las partes entre sí, sino como un principio de interpretación.⁸ Sin embargo, como observa Bonell,⁹ aun considerando la buena fe como mero principio interpretativo influirá en el comportamiento que puede exigirse a las partes.

Es difícil determinar qué significa en concreto la buena fe como criterio de interpretación. Hay una gran divergencia en las distintas tradiciones jurídicas nacionales acerca de lo que es la buena fe. Bonell advierte¹⁰ que la convención habla de buena fe "en el comercio internacional". De ello extrae dos consecuencias. La primera es que no debe aceptarse como válida, a efectos de interpretar la convención, ninguna concepción de la buena fe derivada de un derecho nacional. La segunda es que el contenido del principio de buena fe debe determinarse en relación a las peculiares condiciones y exigencias del comercio internacional.

Añade que también pueden ayudar a descubrir ese significado las palabras del preámbulo de la convención, que dicen "que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados", y las que hablan de "la adopción

⁷ Podría suceder que un juez se encuentre con que para resolver una cuestión prevista por la convención hay dos precedentes judiciales, provenientes de la misma o diferentes jurisdicciones, que son contradictorios entre sí. En principio, el juez tendría libertad para seguir el precedente que le pareciera mejor o, incluso, dar una nueva solución. Pero si resultara que se trata de dos precedentes judiciales, que están arraigados, cada uno, en una determinada jurisdicción, entonces, opina Bonell (*Commentary* p. 93), que debe seguirse el precedente que corresponda a la jurisdicción que, de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado, fuera la competente. Esto constituye una excepción a la regla de interpretación autónoma.

⁸ HONNOLD, p. 147, que se apoya en las actas de las sesiones de trabajo, publicadas en *Yearbook IX*, 35-36.

⁹ BONELL *Commentary* p. 84.

¹⁰ *Idem*, p. 86.

de normas uniformes... en las que se tenga en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos". De esto, opino, se pueden concluir dos criterios concretos de interpretación: reciprocidad (beneficio mutuo) e igualdad proporcional (es decir, considerando las diferencias entre las partes).

2. Integración

El párrafo segundo del artículo 7 se refiere a la manera de solucionar las cuestiones relativas a materias que rigen la convención, pero que no están expresamente resueltas por ella. Se refiere, en otras palabras, a la manera de solucionar las llamadas lagunas. Dispone que ante una laguna se procure su solución con base en los principios generales de la convención, y si aún así no es posible resolverla, entonces se solucione según el Derecho nacional aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado. El objetivo de esta regla es evitar, mediante el recurso a los principios generales, que los jueces pudieran fácilmente concluir que determinado caso no está regido por la convención y acudir al derecho interno para solucionarlo.

a) *Determinación de una "laguna".* No siempre es sencilla la discriminación, que presupone este párrafo, entre materias regidas y materias no regidas por la convención. Ni tampoco la discriminación subsecuente entre las verdaderas "lagunas", o sea las cuestiones no resueltas expresamente que, por referirse a materias regidas por la convención, deben resolverse conforme a ella, y las "falsas lagunas", o sea las cuestiones no resueltas que, por referirse a materias no regidas por la convención, deben resolverse conforme a otro Derecho.

Ciertamente los artículos 4 y 5 prestan una gran ayuda para resolver el problema. Determinan que la convención sólo rige lo relativo a la formación del contrato y las obligaciones y derechos que surgen del mismo; y que no rige lo relativo a la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, a los efectos del contrato en relación a la propiedad de las mercancías y a la responsabilidad del vendedor por las lesiones o muerte que puedan causar las mercancías. Las cuestiones relacionadas con estos últimos aspectos, que pueden ser muy numerosas, no constituyen verdaderas lagunas y deben resolverse conforme al Derecho nacional aplicable.

Pero hay casos en los que no es fácil determinar si se refieren a materias regidas o a materias no regidas por la convención. Honnold¹¹

¹¹ HONNOLD, p. 152.

propone el siguiente: un comprador, después de recibir unos tablonos de fibra, pregunta al vendedor si son a prueba de fuego; éste, por error, responde que sí, y el comprador construye con ellos; luego el comprador se entera que los tablonos son en realidad inflamables, y tiene que reconstruir la obra con nuevo material. ¿Podrá exigir responsabilidad al vendedor por los gastos que le ocasionó? La cuestión podría plantearse desde el punto de vista de una responsabilidad extracontractual del vendedor, por considerarse que él cumplió con su obligación al entregar las mercancías conforme a lo convenido, y que por lo tanto no sería regida por la convención; o podría plantearse como una responsabilidad contractual, considerando que la declaración del vendedor de que los tablonos eran a prueba de fuego, resultado de la pregunta hecha por el comprador, constituyó un acuerdo que modificó el contrato, y entonces sería un caso regido por la convención. La validez de uno u otro planteamiento dependería de las circunstancias del caso: suponiendo que el vendedor sabía que los tablonos se usarían para construcción, entonces es responsabilidad suya, de acuerdo con el artículo 35, el entregar tablonos aptos para ese fin; suponiendo que el vendedor ignoraba eso, entonces sólo podría pensarse en una responsabilidad extracontractual.¹²

Willen Wis¹³ da un criterio general para hacer esa distinción: opina que las materias regidas por la convención son exclusivamente aquellas sobre las que versa un artículo de la misma. Su opinión se justifica, porque si se permitiera a los jueces y árbitros una mayor amplitud para definir lo que rige la convención, se correría el riesgo de multiplicar interpretaciones divergentes.

Una vez determinada una cuestión no resuelta expresamente pero que debe regirse por la convención, se debe proceder a buscar su solución, conforme lo que dispone el segundo párrafo del artículo 7.

b) *Interpretación por analogía*, Bonell¹⁴ opina, con razón, que para solucionar una laguna, antes de proceder a la integración de una norma a partir de los principios generales de la convención, se debe

¹² HONNOLD p. 154, opina que el caso podría contemplarse como regido por la convención, considerando que algunos de sus artículos entienden el contrato de compraventa en un sentido amplio, que incluye aspectos respecto de los cuales no hay un acuerdo formal.

¹³ WIS, 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.

¹⁴ BONELL, *Commentary*, p. 78.

procurar solucionarla mediante la extensión por analogía de una norma existente.

Para eso, lo primero es descubrir la norma de la convención que se refiere a un caso semejante al que se trata de resolver. Pero además, se debe asegurar que la norma misma no es de carácter restrictivo, esto es, que no haya sido diseñada para aplicarse exclusivamente a una situación específica; pues de ser así, la misma norma estaría impidiendo su extensión por analogía a otros casos.

Después se debe analizar si el caso previsto por la misma y el caso no resuelto son realmente análogos, de modo que resultaría injusto no darles la misma solución (*argumentum per analogiam*).

Bonell¹⁵ ofrece el siguiente ejemplo de aplicación de este método. Se resolvió un contrato de compraventa, y se presenta la cuestión de en qué lugar debe el vendedor restituir el precio al comprador. Se trata de una verdadera laguna: es una cuestión referida a materias que rige la convención (ver artículo 81-2), pero no está expresamente resuelta por ella. La convención tiene una norma (artículo 57-1-a), no restrictiva, que dispone que el comprador (deudor) debe pagar el precio en el domicilio del vendedor (acreedor). El caso no resuelto y el caso resuelto por la norma son realmente análogos, por lo que debe aplicárseles la misma solución. En conclusión, el vendedor (deudor) deberá restituir el precio en el domicilio del comprador (acreedor).

c) *Integración de normas a partir de los principios generales*. Si la cuestión insoluble no puede resolverse mediante extensión por analogía de una norma existente, entonces se requiere crear o integrar una nueva norma a partir de los principios generales de la convención.

Antes de integrar una norma, advierte Honnold,¹⁶ debe asegurarse que los usos aplicables al contrato tampoco dan solución.

Algunos principios generales están expresamente señalados en la convención en diferentes artículos. Así, el principio de autonomía de las partes (art. 6), el de buena fe (art. 7-1), el de perfeccionamiento consensual del contrato (arts. 11 y 29-1), el principio de expedición, según el cual toda comunicación entre las partes, después de perfeccionado el contrato, surte efectos en el momento en que se expide (art. 27), y el de que toda demora en el pago causa intereses (art. 78).

¹⁵ BONELL, *Commentary*, p. 79.

¹⁶ HONNOLD, p. 157.

Otros podrán extraerse, mediante inducción, del conjunto de disposiciones de la convención. Bonell¹⁷ propone estos: la razonabilidad¹⁸ como criterio para juzgar la conducta debida por las partes (ver arts. 18-2, 33-3, 39-1, 43-1, 47, 49, 63, 64, 65 y 73-2 que hablan de un plazo "razonable"; los arts. 8-2, 8-3, 25, 35-1-b, 60, 72-2, 75, 77, 79-1, 85, 86 y 88-2 que hablan de una persona "razonable"; y los arts. 34, 37, 48, 87, 88-2 y 88-3, que distinguen entre gastos o excusas "razonables" y no razonables o "excesivos"); la confianza en las manifestaciones de la otra parte (ver arts. 16-2-b—, que protege a la parte que actuó creyendo fundadamente que recibía una oferta irrevocable, y 29-2, que protege a la parte que confió en la conducta de la otra); el *favor contractus*, que procura mantener la validez del contrato contra su revocación o terminación (ver arts. 19-2, 25-26, 34, 37, 48-49, 51-1, 64, 71-72); la obligación de una parte de cooperar para hacer posible el cumplimiento de la obligación de la otra (ver arts. 32-3, 48-2, 60-a, 65), y la obligación de la parte que revoca el contrato de procurar mitigar los daños resultantes del incumplimiento de la otra. Posiblemente puedan extraerse otros.

Algunos de esos principios generales tienen un contenido específico, como el de autonomía de las partes, o el de mitigar los daños. Su aplicación a cuestiones no resueltas no generará mayores problemas. Pero hay otros de contenido muy amplio, como el de buena fe¹⁹ o el de razonabilidad, que deberán ser explicados y determinados, es decir interpretados, en relación con las cuestiones que se pretenda resolver. La interpretación de estos principios de contenido amplio deberá hacerse conforme a la regla prevista en el primer párrafo del art. 7, es decir debe ser una interpretación que tenga en cuenta el carácter internacional del caso. Si, por ejemplo, se trata de determinar si el comportamiento de una persona ha sido "razonable", deberá tenerse en cuenta lo que sería una conducta "razonable" en el comercio internacional del ramo que se trata, y no lo que sería razonable en el país del comprador o en el del vendedor.

d) *El recurso al derecho interno*. Si la cuestión insoluble no puede resolverse mediante extensión por analogía o integración de una norma a partir de los principios generales, entonces, y sólo entonces,

¹⁷ BONELL, *Commentary*, pp. 80 y 81.

¹⁸ Sobre lo que significa "razonable" en la convención, ver DÍAZ BRAVO, A., "Sobre el concepto de lo razonable en la convención", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, pp. 103 a 110, México.

¹⁹ Sobre el contenido del principio de buena fe ver *supra* I,1,b.

se debe acudir, para dirimirla, al derecho interno aplicable, de acuerdo con las reglas de Derecho internacional privado.²⁰

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)²¹ 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, por lo general, la del lugar donde esté establecido o resida habitualmente el vendedor.

3. Problemas de interpretación de la convención

El principal problema que planteará la vigencia de la convención es el de conseguir que sea interpretada de modo uniforme. Como va a tener que ser aplicada por jueces y árbitros pertenecientes a diversos países y educados en diferentes tradiciones jurídicas, es muy posible que la interpreten de acuerdo con sus propias tradiciones, y no con el criterio internacional que la misma convención postula.

Que eso ocurra es un riesgo siempre latente. Teóricamente podría superarse, como sugiera Bonell,²² por medio de la constitución de un tribunal internacional que conociera de las controversias regidas por la convención, o por la de un organismo consultivo que emitiera opiniones interpretativas; pero ambas instancias son, por ahora, de muy difícil realización.

Más realista es procurar superarlo paulatinamente mediante la construcción de un cuerpo doctrinal internacional, compuesto por obras de doctrina escritas por juristas, por sentencias de jueces y árbitros

²⁰ PLANTARD, J. P. ("Un 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, pp. 331 y ss.) critica esta referencia al derecho nacional aplicable, por considerar que contradice el objetivo de uniformidad con el que se creó la convención, y porque le parece ingenuo suponer que un problema de compraventa internacional, que no puede resolverse por un texto internacional especializado en la materia, como es la convención, pueda ser resuelto por un derecho nacional.

²¹ Esta convención fue sustituida por una nueva del mismo nombre, aprobada en La Haya, el 22 de diciembre de 1985.

²² BONELL, *Commentary*, p. 88 y s.

y por colecciones de usos y costumbres del comercio internacional. Sólo así, por la formación de una doctrina común, podrá vivir el texto aprobado como derecho común y ser interpretado, con flexibilidad razonable, en forma común.

La constitución de este cuerpo doctrinal internacional va a tomar tiempo. Es un proceso difícil, largo, y que requerirá ayudas importantes. Por ahora ya se cuenta con una considerable bibliografía en materia de compraventa internacional, elaborada a partir del texto de las convenciones de La Haya sobre la materia y del texto de la convención de Viena de 1980.²³ Se tienen también precedentes judiciales dictados en aplicación de las convenciones de La Haya.²⁴ Pero es preciso que las sentencias que los jueces y árbitros pronuncien en aplicación de la convención sean publicadas y difundidas entre los Estados partes de la misma. En el seno de UNCITRAL se estudia la posibilidad de que esta comisión recoja todas esas sentencias y laudos, los seleccione y los publique, quizá en forma sintética, en las cinco lenguas oficiales de Naciones Unidas.²⁵

En la construcción de esta doctrina, la romanística actual tiene un papel interesante que desarrollar. La romanística es una disciplina internacional, que ha construido una doctrina internacional, cuyos conceptos principales se expresan en un idioma también internacional, el latín. Por eso, quienes la cultivan están libres del prejuicio de que su Derecho nacional es el mejor Derecho posible, y no tendrán dificultad para hacer la interpretación "internacional" que exige la convención. Además, los romanistas están habituados a estudiar un Derecho que contempló la compraventa como una institución de *ius gentium*, es decir, como una institución cuyo régimen era aplicable por igual a todos los habitantes de un vasto imperio en el que convivían pueblos de diferentes idiomas, costumbres y tradiciones jurídicas; en este sentido, la compraventa romana también fue una compraventa internacional, y por esto no es de extrañar que muchas disposiciones peculiares de la convención, como la de no dar efectos al contrato sobre la propiedad de las mercancías, coincidan con el régimen romano.²⁶

²³ Puede verse la bibliografía que ofrece *Commentary*, p. 843, y la más amplia de WILL, M.R., *Internationale Bibliographie zum UN-Kaufrecht*, Europa-Institut, Universität des Saarlandes, 1984.

²⁴ Estos se han publicado, por UNIDROIT, en *Uniform Law Review*.

²⁵ Ver BONELL, *Commentary*, p. 91.

²⁶ Con esta perspectiva romanista hice mis primeros trabajos sobre la convención: ADAME GODDARD, J. "La regla *periculum est emptoris* aplicada a la compraventa internacional de mercaderías", en *Anuario Jurídico XI*, 1984, Mé-

II. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

El artículo 8 establece las reglas para interpretar las declaraciones de las partes, escritas o verables, y su conducta. Como habla de las "declaraciones y actos de una parte", sin precisar momento, se entiende que se refiere a los realizados antes de la celebración del contrato (entre los cuales se cuentan la oferta y la aceptación, que son los actos que perfeccionan el contrato) y a los celebrados después de ese momento, sea en ejecución del contrato, sea para modificarlo.

La disposición parece concebida en relación a declaraciones o actos unilaterales, ya que habla de declaraciones y actos "de una parte". Sin embargo, se entiende que sus reglas también sirven para interpretar un contrato firmado por ambas partes, ya que el contrato puede concebirse como declaración de la parte que lo firma.²⁷

El artículo contiene tres párrafos. El primero establece un criterio subjetivo de interpretación: la intención del declarante. El segundo define un criterio objetivo: el entendimiento que hubiera tenido una persona razonable. El tercero da criterios para determinar cuál fue la intención del declarante o el entendimiento de una persona razonable.

1. Criterio subjetivo

Las declaraciones o actos de las partes, dice el párrafo primero del art. 8, deben interpretarse conforme a la intención de la parte que las produjo, siempre y cuando la otra parte hubiera conocido o no hubiera podido ignorar esa intención.

El resultado es que prevalece la intención del declarante, siempre y cuando logre probar que la otra parte la conoció (lo cual suele

xico, 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 en memoria de R. MANTILLA MOLINA*, México, 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, 56, mayo-agosto 1986, México, pp. 425-438.

²⁷ FARNSWORTH, *Commentary*, p. 101. En cambio, HONNOLD, p. 161, n. 2, opina que si el documento firmado por ambas partes fue preparado por una, se entiende que es declaración de la parte que lo preparó; y si fuese preparado por ambas partes, entonces sería declaración conjunta y se regiría por las reglas que prevé el párrafo tercero del artículo. Pero, como se verá más adelante en el texto, ese párrafo no establece reglas especiales, sino reglas para aplicarse a la interpretación de declaraciones o actos de una de las partes.

ser muy problemático) o que no podía ignorarla (lo cual es menos problemático).

Nótese que el texto dice "no haya podido ignorar", que es distinto de "no debía ignorar". La frase que dice que una parte "no haya podido ignorar" la intención de la otra, significa que la intención de ésta era manifiesta; de modo que resultaba imposible ignorarla, por ejemplo, por constar en una carta, o por ser una costumbre entre las partes. La expresión "no debía ignorar" exige una conducta activa de una parte que tiene obligación de informarse.

La aplicación de este criterio hace que ciertos entendidos que haya entre las partes se apliquen para interpretar sus actos o declaraciones. Por ejemplo, si las dos están de acuerdo en que la mercancía se facture a un precio de 50, cuando el precio real es 100, el precio que el vendedor podrá exigir es de 100 aunque la factura diga 50.

2. Criterio objetivo

Si la regla subjetiva no es aplicable, porque falta el conocimiento actual o posible de la intención del declarante, entonces las declaraciones y actos de una parte se interpretarán conforme al "sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte".

De acuerdo con esto, si el declarante llega a probar que su intención la hubiera entendido una persona razonable, entonces prevalecerá su intención. Pero si el declarante no prueba esto, la otra parte podrá probar que ella entendió el acto o declaración de la otra como lo hubiera entendido una persona razonable, y prevalecerá ese sentido.

De lo anterior resulta que si una parte hace una declaración ambigua, corre el riesgo de que sea interpretada, no de acuerdo con su intención, sino según la intención de la otra parte.²⁸

Cabe notar que la regla se refiere al entendimiento, no de una persona razonable en abstracto, sino de una persona razonable en la misma situación y de la misma condición de la parte que recibió la declaración. En consecuencia, el juez que vaya a interpretar una declaración conforme al sentido de una persona razonable, deberá tener en cuenta el idioma, costumbres, experiencias, cultura, papel que desempeña en el contrato y desempeño en sus negociaciones y en su cum-

²⁸ Ver HONNOLD, p. 164.

plimiento la parte a quien se dirigió la declaración, y luego suponer lo que sería, en esa situación y circunstancias, el entendimiento razonable.

Un caso que puede resultar problemático es el de una oferta ambigua, que es aceptada. Pero ni el oferente, ni el destinatario de la oferta pueden probar lo necesario, según lo arriba mencionado, para que su intención prevalezca. La solución que le dan Farnsworth y Honnold²⁹ es que no hay contrato, aun cuando la ambigüedad se refiera a un elemento accidental del mismo, como es el plazo de entrega de las mercancías.

3. Circunstancias externas a considerar

Para determinar cuál fue la intención del declarante, o cuál sería el entendimiento que daría una persona razonable a determinada declaración, el párrafo tres precisa ciertas circunstancias que deben tomarse en consideración. Dice que se deben tener "debidamente en cuenta" todas las circunstancias pertinentes del caso, especialmente las negociaciones previas al mismo, las prácticas que hubieran establecido las partes, los usos comerciales y el comportamiento ulterior de las partes.

Es importante el señalamiento de que se toman en consideración las negociaciones previas al contrato y la conducta posterior de las partes. El objetivo fue evitar que los jueces, principalmente los de sistema de *common law*, que no suelen tomar en cuenta esas circunstancias, se ciñeran estrictamente al texto de la declaración a interpretar.

Empero, las partes pueden convenir, en uso del principio de autonomía privada que reconoce el art. 6 y con objeto de ganar seguridad jurídica, que en la interpretación del contrato no se tomará en cuenta más que el texto escrito.³⁰

La convención tiende a dar importancia a la conducta subsecuente de las partes. Por eso precisa (art. 29) que aun cuando las partes hayan convenido que toda modificación al contrato tendrá que hacerse por escrito, cualquiera de ellas queda vinculada por sus actos, si la

²⁹ FARNSWORTH, "Interpretation of contract", en *Commentary* p. 101; HONNOLD, p. 165.

³⁰ Como se dijo arriba (Introducción, p. 2), las partes no pueden convenir que la convención se interprete por otras reglas que no sean las que ella establece; pero si pueden convenir reglas diferentes para la interpretación del contrato.

otra parte actuó en correspondencia a esos actos. En otras palabras, se admite que el contrato queda modificado por la conducta subsecuente de las partes, aun cuando se haya convenido que toda modificación deberá hacerse por escrito.

III. USOS APLICABLES

El art. 9 de la convención determina el papel que los usos mercantiles juegan en la compraventa internacional. Honnold³¹ no duda en señalar que éste es uno de los aspectos sobresalientes de la convención. El artículo no da una definición de uso mercantil, pero de la redacción del mismo se infiere que entiende el uso en un sentido amplio, que comprende desde las prácticas establecidas entre dos partes hasta los usos ampliamente conocidos y regularmente observados. Se omite, lo cual es importante, toda referencia a la antigüedad del uso; posiblemente esto movió a que se utilizara en la redacción el término uso, en vez de costumbre.

Relacionado con el tema de los usos aplicables está el de la interpretación de términos comerciales comunes. La convención nada dispone respecto de esto último, por lo que lo más conveniente para la interpretación de términos como compraventa CIF, FOB, *ex quay*, etcétera, es acudir a los INCOTERMS preparados por la Cámara Internacional de Comercio.³² Es recomendable que las partes convengan algo al respecto.

Se contemplan en este artículo tres maneras por las que los usos mercantiles se hacen obligatorios para un determinado contrato de compraventa: por consentimiento expreso de las partes (epígrafe 1); por consentimiento tácito de las partes (epígrafe 2), y por disposición de la propia convención (epígrafe 3).

Respecto de la validez de los usos (epígrafe 4) y la cuestión de la prueba de los usos (epígrafe 5), la convención remite al Derecho nacional aplicable.

1. Usos obligatorios por acuerdo expreso de las partes

El inciso a del artículo 9 claramente dice que las partes quedan obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier prác-

³¹ HONNOLD, p. 168.

³² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *International Rules for the Interpretation of Trade Terms*, Paris, ICC, 1980. Esta nueva versión sustituye la originaria de 1953, reimpresa con adiciones en 1974 y 1976.

tica que hayan establecido entre ellas. El párrafo no dice que el acuerdo debe ser expreso, pero se entiende que así debe ser, aunque no necesariamente por acuerdo escrito, porque el segundo párrafo habla de casos en que las partes tácitamente acuerdan la observancia de algún uso.³³

No se precisa ninguna condición objetiva para que el uso sea aplicable. Las partes pueden convenir con toda libertad los usos que quieran observar; pueden ser usos propios de otras regiones, o de otras ramas mercantiles, u observados en muy reducida escala. Se aplica aquí el principio de autonomía privada, previsto en el art. 6 de la convención, hasta el punto que si las partes convinieran un uso contrario a las disposiciones de la convención, prevalecería el uso, pues se entendería que ellas han acordado derogar parcialmente esta última.³⁴

Se dispone que son también obligatorias las "prácticas" que las partes hubieran establecido entre sí. Estas prácticas ordinariamente serán las establecidas durante el proceso de negociación de un contrato.³⁵ Es claro que el proceso de negociación va determinando las bases del acuerdo contractual, y que las partes suelen esperar del contrato lo que pudieron observar y experimentar durante las negociaciones. Por eso, la negociación del contrato es también uno de los elementos que se deben tener en cuenta para interpretar sus términos (art. 8-3). Durante las negociaciones, se pueden establecer prácticas relativas a la tolerancia en el cumplimiento de una obligación vencido el plazo, al uso de un idioma en las comunicaciones escritas, a la calidad y características de las mercancías a entregar, y muchas otras más.

En mi opinión también pueden considerarse como prácticas establecidas las habidas entre las mismas partes en contratos anteriores, de características y contenidos análogos. Es muy frecuente entre comerciantes que tienen tratos continuos (p. e. un proveedor y su distribuidor) que celebren compraventas sin una previa negociación, sino respaldándose en su experiencia común, respaldándose, en otras

³³ BONELL, *Commentary*, p. 107, en cambio, afirma que el párrafo uno comprende también, por no hacer distinción, los usos que se convienen no expresamente, sino implícitamente; pero él mismo afirma que para que pueda considerarse, conforme al párrafo 1, que un uso se convino implícitamente, se requiere que cumpla las condiciones previstas en el párrafo segundo.

³⁴ HONNOLD, p. 173.

³⁵ BONELL, *Commentary*, p. 106. HONNOLD, p. 170.

palabras, en las prácticas establecidas entre ellos, relativas a tiempos de entrega, modo de pago, posibilidad de devolver mercancías, etcétera.

2. Usos tácitamente convenidos

El segundo párrafo dispone que se entiende que las partes han convenido tácitamente un uso relativo al contrato o a su formación, si: a) ambas lo conocían y b) es ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional, en contratos del mismo tipo y en el ramo mercantil de que se trate.

El primer requisito, el conocimiento del uso, mira a garantizar que pueda haber una voluntad implícita. El segundo es de carácter objetivo: asegura que el uso sea conocido y practicado en el comercio internacional. Quedan así excluidos tanto los usos poco difundidos, como los de carácter nacional o local.³⁶

3. Usos obligatorios por disposición de la convención

El mismo segundo párrafo establece que también son obligatorios los usos que las partes "debían haber" conocido y que sean ampliamente conocidos y observados en el comercio internacional. Agudamente, Bonell³⁷ ha observado que aquí el uso se hace obligatorio, no por un supuesto acuerdo tácito, puesto que las partes no pueden convenir lo que ignoran, sino por disposición de la propia convención, que afirma que los usos ampliamente difundidos y observados obligan, aunque las partes no los conozcan.

El punto a discutir es cómo juzgar lo que las partes deben conocer. Habrá usos ampliamente conocidos y regularmente observados que las dos partes deben conocer, pero también otros usos que, siendo igualmente conocidos y observados, las dos partes o una de ellas no deben conocer. Si, por ejemplo, en un contrato de compraventa, el vendedor es un comerciante profesional, y el comprador uno que apenas comienza a incursionar en el comercio internacional, ¿podrá

³⁶ HONNOLD, p. 172, dice que puede ser obligatorio un uso local si es "ampliamente conocido y regularmente observado por las partes", pero en ese caso es obligatorio, no por el párrafo 2 del art. 9, que exige que sea conocido y observado "en el comercio internacional", sino por el párrafo 1, que hace obligatorias las prácticas establecidas entre las partes. Por supuesto que un uso de origen local o nacional podrá ser obligatorio, según el párrafo 2, si es ampliamente conocido y difundido en el comercio internacional.

³⁷ BONELL *Commentary*, p. 108.

el vendedor exigir que sea obligatorio un uso difundido que el comprador ignoraba, alegando que éste debía conocerlo? Para solucionar la cuestión, puede servir el criterio que da el art. 8-2, el de una persona razonable de la misma condición, de modo que en el caso el comprador debía conocer los usos que una persona razonable de su misma condición habría conocido.

Las partes pueden hacer inoperante esta disposición de la convención pactando en contrario, esto es, que no se aplicará ningún uso que no sea expresamente convenido.

Pero aun cuando se pactara esto, los jueces y árbitros, opina Honnold,³⁸ no quedan impedidos para acudir a los INCOTERMS, o a otra obra semejante, para interpretar los términos de un contrato, como tampoco quedarían impedidos para consultar en obras de Química la explicación de conceptos técnicos que aparecieran en el contrato. La definición de términos, no es tanto cuestión de uso (de hecho), cuanto de doctrina. El art. 9-3 de ULIS expresamente afirmaba que los términos de un contrato se interpretarán de acuerdo con el significado usualmente dado en el ramo mercantil correspondiente.

4. Validez de los usos

La convención, por disposición expresa del art. 4, nada dispone acerca de la validez de los usos. Por consiguiente, será de acuerdo con el Derecho interno aplicable como se determine esta cuestión.

La invalidez puede derivarse de que el contenido mismo del uso es contrario a una norma de interés público del Derecho aplicable al contrato, o de que el acuerdo para hacerlo obligatorio es defectuoso, por haber intervenido violencia, engaño u otra causa semejante.

La impugnación de la validez de uso por defecto en el consentimiento, únicamente puede hacerse respecto de usos que se quiso hacer obligatorios por acuerdo expreso o tácito, según lo previsto en el art. 9. Pero, advierte Bonell con razón,³⁹ no puede hacerse contra usos que son obligatorios por disposición de la convención.

La convención establece, como se vio arriba, el principio de buena fe como criterio de interpretación de la misma. De aquí parte Bonell⁴⁰ para concluir que puede desecharse un uso, que según el art. 9 sería

³⁸ HONNOLD, pp. 169 y 172.

³⁹ BONELL, *Commentary*, p. 112.

⁴⁰ *Idem*, p. 113.

obligatorio, si su aplicación resulta contraria a la buena fe. Puede pensarse en este ejemplo: el vendedor, sabiendo que existe un uso ampliamente conocido y regularmente observado, que sería aplicable al contrato, no se lo manifiesta al comprador, quien, por carecer de experiencia, no conoce ese uso. De acuerdo al art. 9-2, podría concluirse que el uso es obligatorio porque el comprador, aunque lo ignoraba, debía conocerlo. Pero, según la opinión de Bonell, el uso no se aplicaría, porque de hacerlo, se contravendría el principio de buena fe.

5. Prueba de los usos

Para que un uso sea realmente obligatorio, es necesario que puede llegar a ser tomado en cuenta por los jueces al dirimir controversias. Si el juez debe aplicar el uso *ex officio*, es decir sin necesidad de que las partes lo invoquen, o si el juez considera solamente los usos cuya existencia sea probada por las partes, es una cuestión que dirime el derecho procesal interno del foro competente.

En la mayoría de los sistemas procesales, se sigue la regla de que el uso tiene que ser probado por la parte que lo invoca, y el juez decide si el uso es o no obligatorio.

Pero si la controversia se ha sometido a un árbitro, la solución puede ser diferente, porque es común que las reglas y legislaciones de arbitraje⁴¹ faculten o requieran a los árbitros para que tomen en cuenta los usos mercantiles, sin necesidad de que las partes los hayan probado.

IV. INTERPRETACIÓN DE ALGUNOS TÉRMINOS ESPECÍFICOS

Para evitar cualquier duda al respecto, los redactores de la convención establecieron claramente lo que querían significar los términos "establecimiento" y "por escrito".

⁴¹ Ver art. VII de la *Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Ginebra, 1961), el art. 33 de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL (1966); el art. 13 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, y el art. 28 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, preparada por UNCITRAL (1987). El Código de Comercio mexicano (art. 1432), en cambio, dispone que los árbitros resuelvan, salvo pacto de las partes, según las "reglas de derecho".

1. Interpretación de "establecimiento"

La convención da una importancia decisiva al concepto de "establecimiento", que sustituye al tradicional de domicilio, porque establece (art. 1) que para que la convención se aplique el comprador y el vendedor deben tener su "establecimiento" en estados diferentes. No define qué entiende por "establecimiento", pero los comentaristas consideran que se trata de un lugar estable, permanente, para la realización de negocios.⁴²

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.

El artículo 10 aclara cuál es el establecimiento de una de las partes, a efectos de definir la aplicabilidad de la convención, si resulta que tiene una pluralidad de establecimientos, lo cual suele ser frecuente en empresas involucradas con el comercio internacional. 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. 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 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.⁴³ A veces no será fácil determinar cuál es el lugar que guarda más relación con el contrato, por ejem-

⁴² Ver ADAME GODDARD, J. "Ámbito de aplicación de la convención sobre compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Número 13, México, 1989, pp. 509-531.

⁴³ Así opina RAJSKY, J. "Place of business", en *Commentary*, p. 117.

plo, 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.⁴⁴

2. Interpretación de la expresión "por escrito"

En general, la convención mantiene un principio de informalidad, de suerte que no requiere para el perfeccionamiento del contrato la forma escrita (art. 11), ni para la validez de la oferta o de la aceptación de una oferta (arts. 14 y 18), ni tampoco para las comunicaciones que deben hacerse las partes.⁴⁵

Pero hay dos artículos en que se refiere a comunicaciones "por escrito". El art. 21-2 habla de la carta o comunicación "por escrito" que contiene la aceptación tardía o extemporánea de una oferta. Y el art. 29-2 que habla de un contrato "por escrito", que establece que toda modificación tendrá que realizarse "por escrito".

En la conferencia de Viena se decidió añadir al proyecto presentado por UNCITRAL el actual art. 13 que dice que la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el telex. El interés principal de

⁴⁴ RAJSKY, *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.

⁴⁵ Ver arts. 39-1, 43-1, 46-2 y 3, 63-1, 67-2, 71-3, 72-2, 79-4 y 88-1.

quienes presentaron la iniciativa de este artículo era proteger las modificaciones al contrato hechas por telegrama o telex.⁴⁶

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la convención, el contrato puede ser por escrito por disposición de las partes, o porque una de las partes tenga su establecimiento en algún Estado que haya hecho la reserva prevista en el art. 96, según la cual el contrato tendrá que hacerse por escrito, cumpliendo con los requisitos previstos en la ley nacional del Estado que hizo la reserva.⁴⁷

⁴⁶ Fue una enmienda presentada por la República Federal de Alemania. Ver el "Acta Resumida" de la 7a. sesión de la Primera Comisión, párrafos 71-77, en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Documentos Oficiales*, Nueva York, 1981, p. 291.

⁴⁷ Ver "La forma del contrato de compraventa internacional".

DUALIDAD: DERECHOS REALES Y PERSONALES

Miguel ALESSIO ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve referencia a las diferencias tradicionalmente tratadas*. 1. *Opiniones generales*. 2. *La obligación pasiva universal*. III. *Postura científica para diferenciar los derechos subjetivos*. 1. *La conducta regulada como objeto del derecho*. 2. *Opinión personal*. 3. *Ciertos derechos de naturaleza discutida*, a) *El arrendamiento*. b) *El embargo*. c) *Concesión para la explotación de bienes*. IV. *Registro público*. V. *Numerus clausus, numerus apertus*. VI. *Las obligaciones reales o propter rem*. 1. *Naturaleza jurídica*. 2. *Características especiales*.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas materias generales han sido tan debatidas por los civilistas de todas las épocas como aquella que busca diferenciar los derechos patrimoniales y, por tanto, cualquier tesis que sobre la misma se pretenda sostener, estará sujeta al juicio de las excepciones y a la crítica académica, basada en conceptos que pretendiendo ser característica de uno u otro derecho, correspondan asimismo a la naturaleza jurídica del otro.

Las tareas de investigación académica se ven usualmente matizadas por problemas que la práctica profesional a diario presenta, pero debe reconocerse que sólo firmes posiciones doctrinarias y legales permiten resolverlos, pues con frecuencia se presentan a los abogados, cualquiera que sea la especialidad, negocios en los que van de por medio derechos cuya naturaleza jurídica, en el plano académico, es al menos discutible, y que por tanto trascienden a la práctica para precisar si son oponibles a terceros y, en consecuencia, inscribibles en registros públicos para lograr tal efecto.

Otro punto de destacada importancia es el siguiente. En los términos de los artículos 750-XII, 754 y 759 del Código Civil para el Distrito Federal, todos los derechos son bienes incorpóreos y serán muebles o inmuebles según la naturaleza de su objeto indirecto. Así, si a un derecho de naturaleza discutible se le da el carácter de real,

ese derecho será, *per se*, un bien mueble o inmueble según la naturaleza del bien sobre el que se ejerce; en cambio, si a tal derecho se le considera de naturaleza personal, será siempre un bien incorpóreo mueble, independientemente de la naturaleza jurídica de su objeto indirecto. Esta clasificación académica no tendría sentido práctico, si no fuera por la importancia reflejada en las normas que regulan la forma de los actos jurídicos, como elemento de su validez. Si el derecho objeto del acto es bien inmueble requerirá, en términos generales, de formas de mayor regulación que las previstas para los actos cuyo objeto sea un bien mueble.

Decía líneas arriba que la discusión objeto del tema de este trabajo ha permanecido sin soluciones definitivas entre los tratadistas, como un reflejo de la dificultad de encontrar bases científicas que permitan establecer dogmas más o menos rigoristas en torno a aquellos problemas, con tendencia a resolverlos en base a principios de equidad, seguridad jurídica y justicia, primarios en el alcance del bien común como fin último. Por ello, consciente de tales dificultades, pero buscando un criterio personal definitivo que permita sentar bases normativas para regular la realidad, presento una opinión que concluye en criterios dogmáticos, para establecer las diferencias que existen en la clasificación de los derechos subjetivos patrimoniales. Posteriormente, en base a tales criterios, analizo la discutida naturaleza jurídica de algunos derechos, concluyendo con una breve referencia a la naturaleza de las obligaciones denominadas reales o *propter rem* y a los efectos prácticos de todo lo anterior, tomando en consideración la función de los registros públicos.

Pongo de relieve mi convencimiento de que esta opinión será seguramente objeto de reconsideraciones personales y de observaciones y críticas. Si esto último venturosamente sucede, su objeto primordial se habrá logrado.

II. BREVE REFERENCIA A LAS DIFERENCIAS TRADICIONALMENTE TRATADAS

Muy variadas son las diferencias que los diversos tratadistas han manejado para sostener la dualidad de los derechos subjetivos patrimoniales, pero las sentadas tradicionalmente son concretas y hasta cierto punto dogmáticas en el concepto, aunque poco aplicadas en casos reales dudosos. En el proceso histórico, las tesis monistas han

servido, casi exclusivamente, para despegar las posiciones dualistas, previa la crítica correspondiente a los postulados de aquéllas.

Cabe aclarar que no pretendo en este momento disertar sobre las tesis sostenidas desde los análisis primarios del Derecho romano, pasando por el *jus in re* de los glosadores, el *jus ad rem* de los canonistas y la teoría feudal de los derechos reales *in faciendo*; y ni siquiera sobre las tesis clásicas: las monistas, ya sean personalistas o realistas, o las tesis dualistas, o la clasificada como ecléctica de Planiol, o la económica de Bonnetcase, porque son de sobra conocidas y ameritan, exclusivamente, una somera referencia para analizar, posteriormente, posturas modernas que no se han divulgado suficientemente, quizá en razón de la poca aplicación práctica que esta discusión académica ha tenido como consecuencia de la falta de puntos de coincidencia.

De una clasificación sencilla, tomada de Felipe Sánchez Román,¹ pueden destacarse caracteres que en el mejor de los casos predominan en un derecho, pero que no lo distinguen definitivamente del otro.

1º Por el número de personas que intervienen en la relación jurídica. Normalmente esta diferencia está referida a ambos lados de la relación jurídica. En el derecho real el sujeto activo es determinado y el pasivo indeterminado en los absolutos, persistiendo éste en los relativos junto con un sujeto pasivo determinado. En los derechos personales, tanto el activo como el pasivo son determinados. Se ha criticado esta postura señalando que no se toman en cuenta las tesis y las legislaciones modernas que admiten la indeterminación provisional del acreedor.

Esta diferencia en lo referente al sujeto pasivo es parcialmente cierta, pero como se verá más adelante al analizar su situación, en uno y otro caso la misma no se centra precisamente en su número ni en el objeto de la relación, sino en la conducta que deben reportar los sujetos pasivos. Adelanto que la tesis dualista de Planiol ha sido criticada, señalándose que en los derechos personales, en virtud del principio de respeto al derecho ajeno, también existe un sujeto pasivo indeterminado, obligado a respetar el derecho del acreedor, obligación cuyo contenido no es patrimonial, al igual que sucede con la obligación real correlativa a los derechos reales.

2º Por el objeto de la relación jurídica. En los derechos reales, "generalmente" el objeto indirecto es una cosa o un bien corpóreo;

¹ Citado por DE GASPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones en General*. T. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 59 a 61.

en los personales, aquél puede ser incorpóreo. Basta señalar que como excepción a la regla para el caso de los derechos reales existen, por ejemplo, los derechos absolutos intelectuales, lo que produce duda en algunos derechos cuya naturaleza es difícil determinar.

3º Por el modo de obrar la voluntad del sujeto activo sobre la cosa, objeto inmediato o mediato de la relación. Sostiene el autor que en los derechos personales el sujeto activo actúa en forma mediata a través del compromiso del deudor, y en derechos reales, "generalmente" lo hace de modo directo respecto de la cosa.

Cabe apuntar dos aspectos. En los derechos reales el titular actúa efectivamente siempre en forma directa; sin embargo, nuevamente la falta de precisión obliga a la indeterminación de la naturaleza de ciertos derechos como en el caso del arrendamiento. Por otro lado, como más adelante señalaré, de estos conceptos parte una distinción científica y concreta, sólo que referida a la conducta regulada de los sujetos.

4º Por las cosas necesarias para constituirse la relación jurídica. En los derechos reales se requiere una causa próxima y remota, modo y título. En los derechos personales basta la causa remota o título. Luis de Gasperi añade: "Esta regla sería más clara si se dijere que en los derechos reales no basta a constituirlos el simple título, con excepción de la hipoteca, las servidumbres negativas y algunas positivas, como la de vista o la de recibir aguas de los predios superiores, todas las cuales no suponen la posesión de la cosa sobre la que recaen, añadiríamos nosotros, y en las personales sí".²

Destaca en este punto ante todo y nuevamente, el carácter general de la regla para el caso de los derechos reales. A mi entender se confunde aquí la fuente de los derechos con su naturaleza jurídica. En el caso de los derechos reales, en su constitución o transmisión, precisa distinguir la causa del efecto mismo, es decir, el acto o negocio en virtud del cual se crea o transmite y el derecho creado o transmitido. No interesa para estos efectos si el propio acto o negocio es consensual o real, según si el derecho se crea o transmite por efecto del contrato o hasta la entrega de la cosa. La obligación de entregar la cosa o de constituir el derecho es siempre de carácter crediticio; su objeto directo puede ser un dar o un hacer y su objeto mediato el derecho real a crearse o transmitirse. En el contrato de compraventa, por ejemplo, se obliga al vendedor a transmitir el derecho real

² *Idem*, p. 60.

de propiedad y, como consecuencia, el bien que constituye su objeto indirecto. Sólo por razones de orden práctico, sacrificando la técnica jurídica, se entiende que las legislaciones modernas regulen el objeto de los contratos a través del objeto de la obligación, es decir, la cosa o el hecho, positivo o negativo, tal como lo enseña en México Ramón Sánchez Medal.³

5º Por los modos de extinguirse la relación jurídica. Los derechos reales perecen con la extinción del bien sobre el que recaen. Los derechos personales no se extinguen ni con la insolvencia del deudor, ni con su muerte, ni con la extinción de la cosa. La regla para el caso de los derechos personales es generalmente cierta. En el caso de los derechos reales, obviamente el autor se refiere a uno de los casos de extinción. En consecuencia, también aquí la regla de extinción es válida pero no definitiva. Los derechos personales de dar, por ejemplo, se extinguen cuando la cosa se destruye sin culpa del deudor y éste no se encuentra en mora. Adicionalmente cabe señalar que estos argumentos no son en realidad causa de distinción, sino consecuencia de ella. Los derechos reales no lo son porque se extingan con la destrucción del bien, sino al contrario, terminan por esa causa en virtud de su naturaleza. Los derechos personales, por el otro lado, no lo son porque no se extingan por insolvencia o muerte, sino que éstas no son causa de extinción precisamente por la naturaleza crediticia de la relación jurídica. Esta última regla, por lo demás, participa de las características excepcionales de las otras y por tanto causa confusiones o dudas en el caso de derechos de naturaleza discutible. Un ejemplo es el caso de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato de mandato, mismas que se extinguen con la muerte del mandante o del mandatario.

6º Por la naturaleza de las acciones de esta relación jurídica. Los derechos reales conllevan acciones reales, de persecución y preferencia, y los derechos personales, acciones personales.

Nuevamente se confunde aquí la naturaleza del derecho con sus consecuencias o efectos. Los derechos reales no lo son en razón de las acciones judiciales protectoras, sino que éstas existen como consecuencia de la naturaleza real del derecho.

³ *De los Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, México, 1976, p. 76.

1. Opiniones generales

Conviene a mi entender hacer referencias específicas a la opinión de algunos autores respecto a ciertas diferencias concretas, que permitan un análisis respecto a los caracteres de los derechos subjetivos patrimoniales, que han sido sostenidos prácticamente como dogmas, pero que han mantenido el grado de confusión a que antes me he referido respecto a la naturaleza jurídica de ciertos derechos.

Héctor Lafaille sostiene que los jurisconsultos romanos no se ocuparon de formalizar una definición de los derechos reales, ni los descargaron científicamente de los personales; sin embargo manifiesta que a la luz de este Derecho, en los derechos personales el demandado debía ser siempre el deudor y que en los derechos reales, como consecuencia de las acciones *in re*, el demandado debía ser aquel que desconociese la existencia del derecho o afectase su plenitud o su libertad.⁴ El autor precisa además que el conocimiento de los derechos reales se basa fundamentalmente en las distinciones que tienen respecto de los derechos personales, pero participa de la opinión que, como he referido, es base de la falta de precisión respecto de la naturaleza jurídica de ciertos derechos, cuando manifiesta: "...En el ámbito jurídico, tanto como en muchos órdenes del conocimiento, la realidad no presenta divisiones absolutas y más bien ofrece grados insensibles".⁵ Respecto a las diferencias tradicionalmente tratadas, de manera destacada Lafaille señala que pocas de éstas son esenciales, y que las demás son "...simples tendencias —podríamos decir síntomas que reconocen a menudo restricciones de importancia".⁶ Lo anterior comprueba que a pesar de que a lo largo de la historia han sido manejados distintos caracteres de uno y de otro derecho, sólo los que se refieren a su naturaleza jurídica, es decir, a su esencia misma, permiten establecer diferencias de carácter científico. Sin embargo, el autor se refiere a los elementos constitutivos de los derechos reales, a sus ventajas judiciales o acciones protectoras, a las formas de adquirirlos, a la posesión, transmisibilidad y extinción, señalando una posición personal respecto al verdadero criterio que señala los dos tipos de relaciones, misma a la que haré referencia en breve.⁷

⁴ *Derecho Civil*, Tomo III. *Tratado de los Derechos Reales*, Volumen 1, Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, p. 15.

⁵ *Idem*, p. 17.

⁶ *Idem*, p. 18.

⁷ *Idem*, pp. 18 a 23.

Por su parte José Castán Tobeñas dedicó gran parte de su atención a precisar la posibilidad de encontrar una diferencia de carácter científico en los derechos patrimoniales. Citando a Manuel Farién, se refiere a las tesis intermedias que distinguen en el derecho real un carácter interno, es decir la inmediatibilidad, y uno externo, refiriéndose a la absolutabilidad. Esta tesis, aceptada mayoritariamente por civilistas modernos en el continente europeo, busca sostener la incompatibilidad de ambos caracteres. La opinión de Vallet de Goytisoló respecto de este punto parece concluir en términos similares. Cualquier distinción se traduce en una mera cuestión de apreciación, puntualizando que cuando destaquen los elementos activos sobre los pasivos habrá derechos reales y, en caso contrario, derechos personales, soslayando con esto, en mi opinión, cualquier análisis de puntos concretos de distinción novedosos y aceptando como consecuencia, la imposibilidad científica de esta distinción y la consecuente falta de reglas generales para precisar la naturaleza de ciertos derechos.⁸ Al margen de las diferencias comentadas por Luis de Gasperi, en función de lo sostenido por el maestro Sánchez Román, conviene reiterar que es científicamente válido lo señalado en torno al modo de obrar del sujeto activo de cada relación jurídica respecto del objeto. Existe, sin embargo, la necesidad de precisar la naturaleza de la conducta regulada por la norma jurídica que de manera típica, o en función de las reglas generales, prevean determinada figura o institución.⁹

El maestro Juan Vallet de Goytisoló sostiene rotundamente que: "...En realidad hace ya mucho tiempo que no creíamos que sea posible clasificar todos los derechos patrimoniales en esos dos grandes grupos teóricamente antitéticos entre sí: Derechos reales y derechos de obligación. Creemos firmemente que hay que revisar esa clasificación, buscando su substitución por otras menos simplistas y más comprensivas".¹⁰

Por su parte el maestro Valverde sostiene que las diferencias que a lo largo de la historia han sido tratadas no alcanzan a demostrar la separación, formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes,

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo II, *Derecho de Cosas*, V. 1, 11a. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1978.

⁹ *Ob. cit.* (1), p. 60.

¹⁰ "Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito", En *Estudios sobre Derecho de Cosas*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, p. 141.

"...por el examen que acabamos de hacer queda suficientemente demostrado que no cabe separar a los derechos reales y personales formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes, determinando con exactitud el alcance y los contornos, la extensión y el contenido de cada uno de esos grupos, pues bien claro está que las diferencias que la doctrina jurídica apunta para distinguirles no son fundamentales, sino más bien que se dan en la generalidad de las relaciones jurídicas, pero no en todas. Más aún; yo creo firmemente que no puede haberlas, que la técnica jurídica y la doctrina científicas han formado dos edificios o han querido construirles, y en realidad no hay más que uno, y buena prueba de ello es que si en el Derecho romano esta cuestión tenía una importancia grandísima, la va perdiendo en el derecho moderno y la llegará a perder del todo en el porvenir".¹¹ De las referencias anteriores se desprende un marcado contraste; por un lado existen tratadistas que buscan un criterio personal para establecer una diferencia científica; y por el otro, aquellos que ante la falta de convencimiento de una postura dogmática, o bien sostienen que las diferencias existen, pero que no son fundamentales o esenciales; o bien sostienen que la diferencia no puede existir por carecer todas las que la doctrina ha formulado de caracteres absolutos y, en consecuencia, este último grupo sostiene que las diferencias tratadas permiten diferenciar la mayoría de los derechos, pero acepta la posibilidad de posiciones eclécticas respecto a ciertos derechos y la posibilidad de sostener la naturaleza de estos derechos formalmente a través de la ley, ante la imposibilidad de dotar a ésta de valores que le permiten recoger la naturaleza de los derechos patrimoniales, con lo que se acude al expediente del formalismo o simple arbitrio legislativo.

2. La obligación pasiva universal

Antes de poner en relieve puntos esenciales de distinción, debe hacerse referencia específica a la posición que la doctrina ha reservado para el sujeto pasivo en ambos tipos de relación jurídica, en tanto considerada mayoritariamente como la distinción de máxima relevancia, aun cuando no definitiva.

¹¹ Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo III, *Bienes y Derechos Reales*, Volumen 1, 4ta. Edición, Cárdenas Editor, México 1969, pp. 74 y 75.

El antecedente más importante se encuentra en la reconsideración de la tesis monista personalista de Planiol en cuanto a este punto específico, aceptando que la relación jurídica en el caso de los derechos reales se da entre el titular y un sujeto pasivo indeterminado, en tanto que en los derechos personales dicha relación jurídica se da entre el titular y un sujeto pasivo determinado, tesis que recibió la doble crítica de que en los derechos reales absolutos relativos también existe un sujeto pasivo determinado y de que los derechos personales también son oponibles *erga omnes* en virtud del principio general de respeto al derecho ajeno. En este sentido parece inclinarse Héctor Lafaille, aunque admite la falta de relevancia de la obligación pasiva universal, en el caso de los derechos personales.¹²

Por otra parte, el autor citado, al hacer referencia a la posición del sujeto pasivo en la relación jurídica real, siguiendo a Vélez y a Freitas y al artículo 497 del Código civil argentino, apunta datos de verdadero interés. El precepto citado, categóricamente establece que no hay obligación correlativa a los derechos reales y al respecto sostiene que esta obligación, de existir "...sería general y negativa y no el objeto inmediato de aquellos (derechos reales), cuya existencia es independiente del cumplimiento de cualquier obligación".¹³ En mi opinión debe concluirse en la existencia jurídica de la obligación a cargo del sujeto pasivo de la relación jurídica real, en tanto necesaria para la viabilidad de tal relación. Dicha obligación carece de relevancia mientras se cumpla y, como consecuencia, no tiene contenido patrimonial.

Ahora bien, contra la posición unitaria, sostenida entre otros autores por Ginossar,¹⁴ en el sentido de considerar la existencia de un sujeto pasivo universal en las relaciones de crédito, Castán Tobeñas atinadamente enseña, siguiendo a Alquer que "...el tercero no obligado no puede violar la obligación; si impide por la fuerza que el deudor me pague o le quita la cosa que me debe, violará la libertad o la propiedad del deudor, pero no mi derecho de crédito, que le es ajeno".¹⁵ Cabría añadir como consecuencia de lo anterior que tal obligación general de respeto en las relaciones personales, carece en absoluto de relevancia jurídica por no formar parte de éstas. La

¹² *Ob. cit.* (4), p. 18.

¹³ *Idem*, p. 27.

¹⁴ *Droit Réel, Propriété et Créance*, Paris, 1960, citado por CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.* (8), p. 36.

¹⁵ *Idem*, p. 35.

violación de tal obligación generará, como en el caso de cualquier ilícito, una nueva relación de crédito, cuyo objeto será el resarcimiento o la indemnización de daños y perjuicios, y en la que el deudor será el violador y el acreedor el afectado.

En México, Rojina Villegas, al sostener que toda relación jurídica sólo puede darse entre personas y que el objeto directo de aquella sólo puede ser la conducta del hombre, enseña que en las relaciones reales, la conducta del sujeto pasivo constituye su objeto inmediato y da materia a la obligación real correlativa.¹⁶ Como consecuencia debe admitirse como objeto directo el derecho real correlativo, traducido en la conducta del titular. Sin embargo, el autor en cita, al tratar este punto en los derechos absolutos relativos, sostiene que la obligación pasiva universal pierde interés ante la presencia de un sujeto determinado que reporta obligaciones concretas de carácter patrimonial,¹⁷ confundiendo en mi opinión la obligación correlativa de carácter negativo, que es igual para el sujeto pasivo determinado que para el indeterminado, con las relaciones personales, que al lado del derecho real absoluto relativo, surgen entre el titular de ese derecho real y el sujeto pasivo determinado, que en este caso es deudor único y que debe realizar una conducta positiva de dar o de hacer o la negativa de no hacer. Por lo demás, estas relaciones personales "colaterales" se dan también a la inversa, es decir, las puede reportar como deudor el titular del derecho real y como acreedor el sujeto pasivo determinado.

III. POSTURA CIENTÍFICA PARA DIFERENCIAR LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Convengo en que la tarea de diferenciar científicamente los derechos subjetivos patrimoniales presenta problemas teóricos difíciles de resolver y, sobre todo, graves dificultades para aplicar los conceptos a la práctica. No pretendo como consecuencia ahora sentar un criterio definitivo, pero sí poner de relieve una opinión personal que permita partir a un estudio más profundo, con el fin de contar con elementos con los que eventualmente pueda intentarse allanar el difícil camino de la investigación de la naturaleza jurídica de ciertos derechos.

Teniendo en cuenta que cualquier criterio de distinción que permita catalogar a un derecho subjetivo patrimonial, como derecho real o como derecho personal, encontrará serias posiciones contradictorias, sobre todo si se analiza la relación jurídica desde el punto de

¹⁶ *Ob. cit.* (11), p. 23.

¹⁷ *Idem*, pp. 96 y 104.

vista del sujeto activo o desde el punto de vista del sujeto pasivo, a continuación me permito exponer alguna de las ideas que sobre este punto específico han sido tratadas por la doctrina, para concluir con una opinión personal.

"El verdadero criterio para separar las clases de relaciones que integran los derechos patrimoniales —dice Héctor Lafaille—, es siempre el de la manera como el sujeto obtiene la ventaja inherente a los mismos: en el primer caso (dominio y sus desmembraciones) la consigue en forma directa. En el segundo (créditos) requiere la intervención del sujeto pasivo, cuya actividad se encuentra limitada a consecuencia del nexo que le impone la prestación".¹⁸ Sin embargo, el autor citado, sin señalar razones específicas, admite la discutibilidad de la naturaleza jurídica de ciertos derechos en base al anterior criterio que él mismo señala como verdadero, refiriéndose a derechos tales como la locación o arrendamiento, la hipoteca, etc. Tal indeterminación en mi opinión deriva de la manera de postular el concepto de distinción. En el caso de los derechos reales, Rojina Villegas tiene razón cuando señala que el derecho real no contiene el poder de obtener el beneficio económico del bien, sino la facultad de hacerlo, porque pueden presentarse derechos nunca ejercidos por el titular. En lo personal añadiría el dato de la extinción por prescripción de los derechos relativos. En el arrendamiento, el concepto de distinción así enunciado admite ambivalencia. El titular del derecho obtiene el beneficio en forma directa y la duda se presenta al considerar la conducta que debe reportar el arrendador, es decir, o bien de no hacer sin contenido patrimonial, idéntica a la conducta del sujeto pasivo indeterminado, o bien una conducta de dar el uso y goce de una cosa con tracto sucesivo.

El maestro Vallet de Goytisoló, frente a su posición de no diferenciar en forma totalitaria y absoluta los derechos patrimoniales, propone la siguiente clasificación de las relaciones jurídicas que tienen por objeto bienes inmuebles: a) el dominio pleno y la copropiedad; b) las relaciones de uso y disfrute de la cosa; c) situaciones jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que pueden dar lugar a una sujeción en la cosa; y d) los permisos de realizar una prestación referida a un inmueble, identificándose en este último punto con la teoría germana, sostenida principalmente por Eneccerus, y manifiesta que todos estos derechos deben ser inscritos

¹⁸ *Ob. cit.* (4), p. 23.

en el Registro Público de la Propiedad, en forma definitiva o preventiva según el caso. En la misma línea, sostiene que esta clasificación no es dogmática por las razones apuntadas.¹⁹

En el mismo sentido, Hernández Gil sostiene que a la luz de la construcción jurídica la distinción puede formalizarse básicamente en base a la situación de los sujetos en la relación jurídica, pero reconoce que no puede ofrecerse una solución totalmente segura, con notas definidoras, porque sólo se presentan claras en el juicio hipotético, pero resulta difícil clasificar ciertos derechos *a priori*. No obstante lo anterior, el propio Hernández Gil manifiesta que en base a los derechos reales y personales, los sujetos gozan de facultades con las que realizan funciones sociales y económicas distintas y enseña, buscando datos para una resolución definitiva, que se requiere un análisis teleológico de los intereses en juego.²⁰

En otro lugar, Vallet de Goytisoló plantea distintas posibilidades de clasificación, según se vea la relación jurídica en su aspecto interno o externo, subjetivo u objetivo, o según se clasifique el fundamento de la solución jurídica, como conducta o como bien. Por esta razón, considera que las relaciones jurídicas pueden oscilar entre ambas naturalezas jurídicas.

Dicho autor fija su posición en los siguientes términos: "Así sucede cuando se quiere atender, a la vez, a la inmediatez y a la universalidad, y alguno de estos caracteres falla o aparece dudoso, limitado o mediatizado, y mucho más cuando se quieren multiplicar los datos característicos para la identificación de los derechos reales."²¹ Más adelante, para justificar esta posición, señala que cualquier criterio de distinción queda borrado totalmente con la concepción francesa de la compraventa consensual y traslativa de dominio.²²

En lo personal disiento con las posiciones anteriormente relacionadas. Me parece que es posible desde el punto de vista científico señalar una razón fundamental para diferenciar las relaciones jurídicas patrimoniales, porque admito con el propio Vallet que la multiplicación de los caracteres de una y otra relación resulta contraproducente. En la compraventa consensual, el vendedor tiene una obligación personal frente al comprador de entregar la cosa, cuya propiedad ha sido transmitida por mero efecto del contrato. El objeto de ese dere-

¹⁹ Citado por CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.* (8), pp. 37 y 38.

²⁰ Citado por DE GASPERI, Luis, *ob. cit.* (1), p. 61.

²¹ *Ob. cit.* (10), p. 145.

²² *Loc. cit.*

cho personal lo es, ya lo he apuntado en líneas anteriores, la cosa que se debe entregar. De dicho contrato, también surge para el vendedor la obligación personal de transmitir el derecho de propiedad respecto de la cosa. El objeto indirecto de esta otra obligación de dar lo es el derecho real de propiedad.

1. La conducta regulada como objeto del derecho

En mi opinión y siguiendo la línea marcada por algunos de los autores que he venido citando, la cuestión objeto de este estudio puede resolverse si se parte de la base de que sólo la conducta del hombre puede ser objeto del derecho, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Lafaille así lo reconoce en forma indirecta cuando trata como hecho indiscutible que en el dominio y sus desmembraciones, se obtiene de los bienes una utilidad por obra directa del titular, sin requerir la intervención de otro individuo.²³ En mi opinión en este punto tiene razón Rojina Villegas cuando señala que la facultad contenida en un derecho real, no es la obtención de la utilidad que el bien produce, sino la posibilidad jurídica de hacerlo, puesto que en los derechos reales absolutos, aun cuando dicha utilidad nunca se produzca, el derecho subsiste, salvo que otro adquiera el bien por usucapión; en los derechos reales relativos el objeto de la relación también lo es la conducta del titular, pero como mera posibilidad facultada por la norma, y no como un hecho concreto y actual. En este último caso el derecho puede extinguirse no sólo por la usurpación que otro haga de él, sino por la simple prescripción o extinción de la obligación por el no uso.

Luis de Gasperi sostiene tajantemente que el objeto en los derechos personales consiste en la actividad del deudor, concentrada en el pago, que es el fin perseguido por el acreedor. Sin embargo, a pesar de esta absoluta verdad, en el caso de los derechos reales señala, indebidamente en mi opinión, que el objeto de la relación jurídica lo es el bien mueble o inmueble sobre el que dicho derecho real se ejerce confundiendo, como más adelante quedará demostrado, el objeto mediato y el inmediato.

En México, Oscar Morineau diferencia los derechos patrimoniales señalando que en los reales se crea una relación jurídica que deriva

²³ *Ob. cit.* (4), p. 18.

del derecho objetivo, e impone obligaciones a cargo de sujetos pasivos indeterminados, en tanto que en los derechos personales la relación jurídica que se constituye nace de una norma jurídica individual y se concreta a sujetos determinados.²⁴

En mi opinión, quien más se acerca a la distinción verdaderamente científica es el autor citado, quien adicionalmente sostiene que: "El derecho real tiene por objeto inmediato precisamente la actividad de su titular; es el derecho a la propia conducta cuando se refiere a las cosas y tiene por deber jurídico correlativo el deber de abstención impuesto a los demás sujetos dentro de cada orden jurídico. Esto se debe a la circunstancia de que la bilateralidad no significa identidad de actividades atribuidas como facultad y deber correlativos, según lo vimos en su oportunidad. Tampoco tiene por objeto inmediato la cosa, éste es el error de la tesis clásica. Tiene por objeto inmediato las actividades que el titular debe ejercer sobre las cosas".²⁵

Rojina Villegas reitera que el objeto del derecho real no es el aprovechamiento económico de la cosa sino la posibilidad jurídica de hacerlo.²⁶

2. Opinión personal

En base a las anteriores consideraciones, la única diferencia científicamente válida y definitiva que permite distinguir los derechos reales de los personales es, siguiendo la postura no precisada de Oscar Morineau y la de algunos otros que a continuación relaciono, la siguiente: habrá derecho real cuando la conducta regulada por la norma jurídica sea la del sujeto activo de la relación jurídica; habrá derecho personal cuando la conducta regulada sea la del sujeto pasivo de la relación jurídica.

Ciertamente es una posición dogmática, pero como se verá más adelante, en mi opinión permite clasificar con justicia y dar el carácter de reales a ciertos derechos que siendo oponibles a terceros, no se les da tal tratamiento y no son inscribibles como consecuencia en los registros públicos.

De esta manera, puede válidamente considerarse que en todos los casos en los que la norma jurídica regule la conducta del sujeto activo de la relación, la posición del sujeto pasivo, determinado o inde-

²⁴ Citado por ROJINA VILLEGAS. *Ob. cit.* (1), p. 86.

²⁵ *Loc. cit.*

²⁶ *Idem*, p. 21.

terminado, será siempre igual y carecerá de contenido patrimonial.

La norma jurídica reguladora de la conducta podrá ser la ley misma, cuando el Derecho tenga en ésta su fuente directa o el pacto que cree dicho derecho, como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad. Consideración que también debe hacerse ante la posibilidad de aceptar la tesis del *numerus apertus* a la que más adelante me referiré.

Puig Brutau apunta que "en el derecho real el titular puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; es decir, puede satisfacer su interés con su propia manera de obrar; en cambio, en el derecho personal o de crédito, el titular sólo puede —de momento— recabar del obligado una conducta favorable a sus intereses; por tanto, el derecho de crédito es un derecho relativo, porque la satisfacción del interés protegido depende de actos ajenos, de ahí que se haya dicho que los derechos reales se ejercen por parte del titular, mientras que los derechos de crédito se cumplen por parte del obligado".²⁷

Rojina Villegas coincide brevemente con este punto cuando acepta que en los derechos reales debe estudiarse el aspecto activo, constituido por un conjunto de facultades jurídicas que tiene el titular.²⁸

Se ha llegado al grado de señalar que cuando se pretende clasificar un derecho su significado queda desvirtuado.²⁹ Y se ha criticado la posición adoptada señalándose que en el caso de los derechos reales, la conducta de uno y otro sujeto no es coincidente; que si el titular del derecho real, para gozar del bien, tuviere necesidad del cumplimiento de la obligación negativa correlativa, sería lógico concluir que incluso un sujeto activo requiere la colaboración de aquellos sujetos pasivos que quedan interpolados entre el sujeto activo y los bienes.³⁰

También difiero de este punto, porque es aquí donde se basa el carácter teleológico de la distinción en los derechos reales; precisamente porque la conducta regulada es la del acreedor, la conducta del sujeto pasivo no tiene por qué ser coincidente en el aspecto negativo; por esta razón, esta última conducta carece de contenido patrimonial.

²⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. I, Bosch, casa Editorial, Barcelona, 1971, pp. 12-13.

²⁸ *Ob. cit.* (11), p. 91.

²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.* (10), p. 146.

³⁰ *Idem*, p. 152.

3. Ciertos derechos de naturaleza discutida

a) El arrendamiento

En mi opinión, con este criterio de distinción pueden sentarse pautas para catalogar los derechos de naturaleza dudosa, cuya indefinición trasciende a la práctica en forma importante.

Si la conducta regulada por la norma, sea ésta de derecho positivo o contractual, es la del sujeto activo de la relación jurídica, necesariamente la conducta del sujeto pasivo determinado y la del sujeto pasivo indeterminado, será siempre negativa y sin contenido patrimonial. El derecho regulado requerirá, necesariamente, de inscripción en registros públicos para ser oponibles a terceros.

En esta misma línea, sostengo que los derechos preferenciales, cualquiera que sea su característica o regulación, son de naturaleza crediticia, considerando la conducta del sujeto pasivo, regulada por la norma de derecho positivo o contractual.

Podríamos quizá hacer referencia a diversos derechos cuya naturaleza jurídica ha sido discutida a lo largo de la historia por diversos tratadistas. Basta sin embargo, en mi opinión, tratar exclusivamente aquellos derechos que considero de más delicada definición. Me refiero en especial a los derechos tradicionalmente considerados como personales de uso, en los que se considera que el deudor está obligado, con tracto sucesivo, a dar el uso y goce de una cosa cierta, a pesar de que el derecho correlativo es normalmente oponible *erga omnes*.

Definitiva en mi opinión, es en el caso del arrendamiento la tesis de Troplong,³¹ quien al sostener el carácter real de este derecho aporta datos de verdadero interés. En efecto, desde el punto de vista real no hay diferencia, para efectos de regulación normativa, entre los dos siguientes actos jurídicos: el usufructo dado respecto de un inmueble, por un plazo de un año y con una contraprestación mensual de mil pesos y el arrendamiento dado sobre un inmueble similar por el mismo periodo de un año y con la misma renta o precio mensual. En estos dos casos la conducta regulada necesariamente es la del titular del derecho, cuyo contenido es esencialmente igual, es decir, tanto usufructuario como arrendatario tienen el derecho de usar una cosa ajena. Sin embargo, y a pesar de que nadie discute la na-

³¹ Citado por LAFAILLE, Héctor, *ob. cit.* (4), p. 23.

turalidad real del derecho de usufructo, ha sido constante la discusión sobre la naturaleza del arrendamiento, que generalmente termina en la conclusión de que se trata de un derecho personal, dándosele mayor importancia a la obligación de conceder el uso y goce que al derecho correlativo.

En cambio, si se considera que el criterio de distinción adoptado es científicamente válido, tendrá que darse necesariamente al arrendamiento y a otros derechos de uso el carácter de real y tomarse la conducta del sujeto pasivo determinado, es decir del propietario, como simple negativa y carente de contenido patrimonial y de trascendencia jurídica hasta en tanto no es violada.

Vallet de Goytisolo confirma este criterio, siguiendo a Tilocca, cuando señala que si el goce del titular del derecho de arrendamiento se debiera al cumplimiento de la obligación del arrendador de abstenerse de gozar de la cosa, tal derecho debería cesar en tanto el arrendador manifestara su voluntad de no querer cumplir.³²

Con esto se suple también una preocupación que ha subsistido inclusive en el pensamiento de quienes han sostenido el carácter personal de los derechos de uso, es decir, la naturaleza absoluta de tales derechos y su consecuente oposición frente a terceros, quienes deben reportar la misma conducta que el propietario, esto es simplemente respetar el derecho. Este punto de absolutabilidad no es lo que caracteriza al derecho como real sino que es consecuencia de esta naturaleza. Así lo confirma también Vallet de Goytisolo en otro lugar, haciendo incluso referencia a la necesaria inscripción del derecho del arrendatario en registros públicos para ser oponible a terceros, citando los artículos 1352 del Código de la República Argentina y el antiguo 3024 del Código Civil mexicano.³³

En el caso del Derecho mexicano, a pesar de que el arrendamiento es oponible a cualquier adquirente, sólo es inscribible en el Registro Público de la Propiedad cuando se da por un plazo mayor de seis años o cuando existen anticipos de rentas por más de tres años, casos que en la práctica son de lo más importante. La inscripción del derecho del arrendatario es necesaria en cualquier caso en aras de la seguridad jurídica, con mayor razón en el caso del Distrito Federal, por la existencia del derecho del tanto para inquilinos de casa habitación que generalmente queda oculto para los terceros adquirentes y

³² *Ob. cit.* (10), p. 155.

³³ "Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho del arrendatario", en *Estudios sobre Cosas*, *ob. cit.* (10), p. 157.

cuya violación origina una "nulidad de pleno derecho". Tal necesidad de inscribir no deriva sino de la naturaleza real del derecho.³⁴

b) El embargo

Con algunas ambivalencias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el embargo decretado sobre bienes del deudor, no hace nacer en favor del acreedor un derecho real,³⁵ aunque admite la absolutibilidad del derecho, lo que acarrea serios problemas de seguridad jurídica en los casos en que, respecto de los mismos bienes, se crean o transmiten derechos reales, ya sea con anterioridad o posterioridad al embargo.

Si a esta tesis se suma la compleja regulación que en aras de la propia seguridad jurídica existe en base a los principios registrales de tracto sucesivo y buena fe registral, en un plano general puede observarse la difícil situación sustantiva y procesal que se presenta para el embargante, misma que en mi opinión debe resolverse reconociendo la naturaleza real del derecho.

En efecto, como se verá, el argumento de la indisposición física y legal del bien por parte del deudor, no es suficiente para considerar al derecho del embargante como un derecho personal. En términos de la tesis sostenida, el deudor de la nueva relación jurídica nacida con la garantía judicial, no reporta ninguna conducta que deba ser regulada por la norma; la conducta regulada es la del acreedor garantizado, quien está facultado para solicitar a la autoridad judicial la venta del bien embargado para ver pagado el derecho personal garantizado.

La tesis "Embargos no inscritos en el Registro Público de la Propiedad"³⁶ muestra ya alguna ambivalencia. El texto es el siguiente:

"Si no se inscribió en el Registro de la Propiedad el embargo no se hizo pesar sobre un bien, (sic) el mismo no pudo surtir efectos con relación a un tercero, que hubiere adquirido posteriormente el propio bien; por lo que debe estimarse que dicho tercero lo adquirió libre de todo gravamen, aun admitiendo la tesis, rechazada ya por la Tercera Sala de la Suprema Corte, de que el embargo confiere un derecho real".

³⁴ Ver en este sentido *Idem*, pp. 518 y 555.

³⁵ Ver: *Jurisprudencia Registral Inmobiliaria*, Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal, Instituto Mexicano de Derecho Registral, A. C., p. 113.

³⁶ *Idem*, p. 123.

A *contrario sensu*, independientemente de la naturaleza real del derecho del embargante, si éste se inscribe antes de que un tercero adquiera el derecho de propiedad del bien embargado, el embargo le es oponible al tercero adquirente, lo que denota la absolutibilidad del derecho, característica de los derechos reales.

Lo mismo sucede con la siguiente tesis titulada "Embargos, Prelación de los"³⁷ cuyo texto es el siguiente:

"Embargos, prelación de los"

La Suprema Corte ha sentado la tesis de que la concurrencia de derechos sobre un elemento determinado del patrimonio del deudor, y que se resuelve atendiendo a los datos del Registro Público de la Propiedad, sólo puede tener lugar entre titulares de derechos reales que graven la misma, o sea entre acreedores de igual calidad; pero no entre un acreedor hipotecario y un acreedor quirografario, por más que este último haya embargado y registrado su embargo, antes de la inscripción de la hipoteca, pero con posterioridad a su constitución ya que el embargo no constituye un derecho real; y si bien limita o modifica el derecho de la propiedad, tal limitación no puede oponerse a quien invoca una causa de preferencia, sino cuando el embargo se ha registrado con anterioridad a la fecha de la celebración del contrato, en que el tercero funda su preferencia, porque, en tal caso, el tercero ha estado en posibilidad de conocer la situación real del inmueble o elemento determinado del patrimonio de su deudor, en atención al cual ha contratado; tesis que tiende a rectificar un error muy generalizado, que atribuye al Registro Público de la Propiedad efectos que son propios de la naturaleza del derecho real, y rectifica también el falso concepto de tercero para efectos del Registro.

Precedentes:

Quinta Epoca:

Tomo LXV, Pág. 921 Mederos Lorenzo José Manuel.

La tesis admite en consecuencia la oponibilidad frente al tercero del derecho del embargante, una vez inscrito.

Comentario aparte merece el enunciado "...Tesis que tiende a rectificar un error muy generalizado, que atribuye al Registro Público de la Propiedad efectos que son propios de la naturaleza del

³⁷ *Idem*, p. 124.

derecho real...". La función del Registro Público es la de informar a terceros eventualmente interesados, de los derechos existentes respecto de un bien, que les son oponibles por su naturaleza real. En concreto: la función es en consecuencia informadora y el efecto deriva de la naturaleza del derecho.

Sentido similar tienen las tesis "Embargo, debe recaer sobre Bienes del Deudor (Registro Público)"; "Causahabientes, Embargos Cancelados y Posteriormente Reinscritos". y "Compraventa".³⁸

Parecen en consecuencia irrefutables los argumentos de Rafael Rojina Villegas quien, al comentar la jurisprudencia de la Corte, sostiene el carácter real del derecho del embargante, porque no es característica del derecho real conferir un poder directo o inmediato sobre el bien, tal y como sostuvo la escuela de la exégesis en Francia, sino la facultad del titular, regulada por la norma, de solicitar la venta del bien para lograr el pago de la obligación garantizada, lo que a su vez le atribuye al derecho una serie de características similares a los derechos reales de garantía.³⁹

"Sería admitir actos fraudulentos para burlar los derechos del embargante, el desconocer la prioridad que éste adquiere por virtud del embargo registrado, dado que en este supuesto, el dueño de la cosa asegurada, podría enajenarla o constituir hipoteca, para evitar las consecuencias del secuestro. Si así fuere, carecería de todo objeto la inscripción del embargo de bienes raíces. Por la misma razón, sería potestativo del embargado sufrir las consecuencias del secuestro, o evitarlas mediante una enajenación".⁴⁰

c) *Concesión para la explotación de bienes*

En esta materia Rojina Villegas sostiene una tesis aparentemente ecléctica, confundiendo en mi opinión, la naturaleza jurídica de las relaciones crediticias que surgen colateralmente entre el Estado y el concesionario con motivo de la concesión y, en el fondo, es decir, en el análisis de la naturaleza del derecho mismo del concesionario, confundiendo el carácter real del derecho de aprovechamiento, con la posición nacionalista adoptada por el gobierno mexicano, a través de la Ley de Bienes Nacionales y de la jurisprudencia de la Corte,

³⁸ *Idem*, pp. 127 a 129 y 189 a 190.

³⁹ *Ob. cit.* (11), pp. 225 y 226.

⁴⁰ *Idem*, p. 27.

en el sentido de negar tal naturaleza en virtud de que la relación jurídica no desaparece dado el carácter inalienable de los bienes.⁴¹

Contra la opinión generalizada de los especialistas en materia de concesiones mineras que el autor cita como antecedente de su argumentación,⁴² se incurre en el común error de confundir la naturaleza jurídica del derecho sujeto a análisis, con la naturaleza jurídica de aquellas relaciones jurídicas, que con aquel motivo principal, no dejan de ser de carácter personal. En otras palabras y a manera de ejemplo, la relación jurídica que surge entre el usufructuario y el nudo propietario, respecto de la obligación de aquel de hacer ciertas reparaciones en la cosa usufrutuada y que necesariamente es de naturaleza crediticia, porque la conducta regulada es la del sujeto pasivo de esa relación jurídica, (el usufructuario), no impide el considerar la naturaleza jurídica real del derecho mismo del usufructuario de usar y disfrutar la cosa ajena, dado que en este caso la conducta regulada por la norma es la del propio usufructuario, como sujeto activo de la relación jurídica analizada.

Por otro lado, pienso que la naturaleza jurídica real de los derechos de explotación de bienes del dominio público del Estado, no priva a éstos de su carácter de inalienables. Lejos de una posición jurídica, con argumentos políticos, tanto la ley como la jurisprudencia han negado a los derechos derivados de la concesión para la explotación de bienes, su verdadera naturaleza real, suponiendo erróneamente que con ello se contrarían los principios revolucionarios y constitucionales que motivaron la clasificación de tales bienes como del dominio público del Estado.

En mi opinión sucede lo mismo con los derechos derivados de fideicomisos traslativos de dominio en especial aquellos respecto de bienes ubicados en la hoy denominada "zona restringida".

En este caso, como sucede en los otros derechos de uso y goce de cosa ajena, la conducta regulada por la norma de derecho positivo y por la norma contractual, es la del titular del derecho de fideicomisario, y por tanto se trata de un derecho de naturaleza real. Aún así, como en los otros casos, se ha pretendido considerar al derecho como de naturaleza personal, suponiendo la conducta del fiduciario o del fideicomitente como la regulada, aun cuando ésta queda debidamente satisfecha con la mera celebración del contrato que le da

⁴¹ *Idem*, pp. 234 a 237.

⁴² *Idem*, pp. 228 a 234.

origen; en lo sucesivo, su conducta será, como sujeto pasivo de la relación jurídica, de carácter negativo y sin contenido patrimonial como obligación real correlativa a un derecho real que reporta en carácter determinado, pero idéntica a la del sujeto pasivo indeterminado *erga omnes*. A la vez, por las mismas razones de orden político-constitucional, se niega al derecho de fideicomisario respecto de tales bienes su naturaleza real, como consecuencia de la prohibición constitucional para los extranjeros de adquirir el dominio de bienes en dicha zona. Se desconoce, sin embargo, que tal prohibición tiene bases históricas hoy en desuso y que la razón de ser de la norma constitucional prohibitiva de todas formas queda vulnerada con la estancia prácticamente permanente del extranjero en el área de protección.

También por idénticas razones se ha considerado que el derecho del denominado "tiempo compartido" es de naturaleza personal y tal posición sería válida si pudiera afirmarse que el sujeto pasivo de la relación jurídica continúa obligado, con tracto sucesivo y durante el plazo pactado, a dar el uso y goce de la cosa, pues en tal caso su conducta sería la regulada y bastaría su voluntad de dejar de cumplir para violar el derecho correlativo.

Debe, sin embargo, en mi opinión, distinguirse entre la obligación de dar el uso y goce de la cosa y la de entregarla, y que la primera nace con el contrato, pero en lo sucesivo, el deudor de la relación deberá reportar una conducta pasiva, de respeto al derecho, al igual que sucede con el sujeto pasivo indeterminado.

Por otro lado, en virtud de la interpretación constitucional que se ha dado al concepto de dominio, resulta imposible reconocer la verdadera naturaleza jurídica de este derecho y, al mismo tiempo, permitir a extranjeros detentarlo en zona restringida; resultaría necesario recurrir al expediente de conceder tal derecho a través de fideicomiso, con lo que todas formas se trasgrede el espíritu o razón de ser de la prohibición constitucional y se confiere al extranjero un derecho real, según se indicó líneas arriba.

IV. REGISTRO PÚBLICO

He dicho líneas arriba que la función del Registro Público es meramente informativa y consecuencia de la naturaleza real de ciertos derechos, lo que no impide que sean inscribibles algunos derechos de carácter personal. Basta entonces anotar algunos puntos concretos.

Casi todos los derechos considerados como personales, pero que se ha sostenido deben ser inscribibles para tener efectos frente a terceros, en realidad lo son porque se trata de derechos de naturaleza real. En México éste es el caso del derecho del arrendatario y del embargante.

Derechos personales inscribibles son, por ejemplo, el caso del derecho que deriva de la presentación de una demanda judicial, porque cualquier persona que pretenda un derecho real respecto del bien sobre el que versa la demanda, debe de estar a las resultas del juicio.

Por otro lado, debe en mi opinión entenderse bien cuál es la función informadora del Registro Público. La falta de inscripción produce la inoponibilidad del derecho frente a terceros de buena fe, registral y no registral. Prevalece el principio de seguridad jurídica respecto de los principios de justicia y equidad. En el caso por ejemplo de la doble venta, cuando la segunda venta, que no lo es, prevalece por efectos de la inscripción, no quiere esto decir que el registro haya convalidado el defecto de la venta con falta de objeto jurídicamente posible. Tal inscripción simplemente supone la inoponibilidad frente al tercero de la primera venta por la falta de inscripción. Paradójicamente, sin embargo, tal inscripción se convierte en este caso y en otros de excepción, en constitutiva del derecho.

Conviene analizar algunas interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia.

Según la jurisprudencia número 254,⁴³ interpretando el actual artículo 3009 del Código Civil, el principio del tercero de buena fe registral no puede ser invocado, cuando la causa de la nulidad del derecho del otorgante deriva del mismo registro, o cuando se demuestra que el tercero conocía la causa de la nulidad por un medio distinto al del registro, precisamente porque en estos casos el tercero deja de ser de buena fe. Tampoco puede hacerse valer el derecho de la buena fe registral, cuando no existe continuidad o tracto sucesivo en las inscripciones, porque también en este caso la causa de la nulidad derivaría del mismo registro.

Por último, en el texto legal actual existe la excepción al principio, consistente en actos gratuitos o en aquellos que se hubieren otorgado violando la ley. La jurisprudencia sin embargo está referida al derogado artículo 3007, que contenía el principio, en cuyo párrafo

⁴³ Ver: *ob. cit.* (35), p. 22.

final se refería a esta excepción respecto de actas o contratos otorgados violando una ley prohibitiva o de interés público y, como consecuencia, indica que por tal excepción debe entenderse "...cuando la anulación del derecho del otorgante proviene de un hecho delictuoso, como fabricación de firmas o suplantación de una persona". Me parece que en este mismo sentido debe interpretarse el actual artículo 3009, dado que de otra manera la excepción dejaría de serlo para romper totalmente con el principio, toda vez que todos los actos nulos, se otorgan violando la norma jurídica que prevé el elemento de validez del acto.

La jurisprudencia número 255,⁴⁴ se refiere al principio de los efectos declarativos de las inscripciones, lo que se reitera en la tesis denominada "Registro Público, Carece en Principio de Efectos Constitutivos en el Derecho Mexicano",⁴⁵ por lo que se refiere a la venta no inscrita, aunque ya el solo título admite excepción, derivada del principio de la inoponibilidad de los derechos no inscritos frente a terceros con derecho inscrito. De ahí que en mi opinión, la inscripción de derechos nulos, no sujetos a los casos de excepción del artículo 3009, sí tiene efectos constitutivos del propio derecho, aun cuando la inoponibilidad del derecho no inscrito sólo lo sea frente a quien sí inscribió su derecho. Es decir, el acto no inscrito surte efectos entre las partes y frente a terceros que no tengan derecho inscrito en el Registro Público; pero ese derecho es inoponible frente al tercero que sí inscribió su derecho, aun cuando éste sea nulo y siempre que no se encuentra en los casos de excepción al principio. Así lo establece claramente la siguiente tesis:

"Registro Público de la Propiedad, Efectos de los Contratos No Inscritos en él. (Legislación de Puebla).

Cuando se trata de actos por los cuales se crean, modifican, extinguen o transmiten, derechos reales sobre inmuebles, tales actos producen todos sus efectos entre las partes, aunque no se inscriban, pero los mismos, si no están inscritos, no pueden surtir efectos contra un tercero que tiene inscrito en el Registro Público, a su nombre, un derecho real sobre el inmueble".⁴⁶

⁴⁴ *Idem*, p. 50.

⁴⁵ *Idem*, p. 61.

⁴⁶ *Idem*, p. 66. En el mismo sentido, tesis "Registro Público de la Propiedad. Terceros de Buena Fe. (Legislación del Estado de Querétaro)". *Idem*, p. 20.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de la doble venta, (artículos 2264 a 2266 del Código Civil). Soslayando la discusión de la validez o invalidez de la segunda venta, (en mi opinión ésta no existe porque el objeto del acto, es decir, transmitir el derecho de propiedad a través de una obligación de dos, no es jurídicamente posible), debe concluirse que aun cuando la primera venta sólo le es inoponible al segundo comprador por la falta de inscripción, esa falta de inscripción y la inscripción de la segunda venta han sido elementos constitutivos del derecho de propiedad del segundo comprador. Considero que en base al principio de seguridad jurídica, no debe considerarse actualizada la excepción que deriva de los actos que se otorgan violando la ley, interpretada en los términos de la Suprema Corte, según ya se comentó, porque el acto fraudulento lo realiza el vendedor y no el segundo comprador, a quien protege el principio.

V. NUMERUS CLAUSUS, NUMERUS APERTUS

Haré una breve referencia a estas tesis, sólo para sostener que en mi opinión los particulares pueden crear, en base al criterio de distinción que he propuesto, derechos reales diversos a los regulados por el derecho positivo.

Raymundo M. Salvat,⁴⁷ para sostener la tesis del *numerus clausus* da uno de los dos argumentos fundamentales que se han seguido en este punto. Podría crearse un derecho real de usufructo en el que se estableciese que el propio derecho no se extingue con la muerte del usufructuario. Por mi parte considero que los particulares pueden crear cuantos derechos reales les convenga, pero sin ir en contra de las disposiciones legales cuando aquellos estén regulados. El criterio es el siguiente: Cuando un derecho real no está regulado es porque el legislador considera que su creación y efectos pueden dejarse al libre arbitrio de la autonomía de la voluntad; cuando considera necesario imponer ciertos límites a ésta, entonces el derecho real se regula positivamente, y *las normas que regulan la institución deben ser respetadas por esa razón*. A este último punto es adonde debe dirigirse la crítica de Salvat, es decir, a la imposibilidad para los particulares de varias los postulados esenciales de la regulación normativa de ciertos derechos reales, precisamente porque en estos casos

⁴⁷ *Tratado de Derecho Civil Argentino: Derechos Reales*, 5a. Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 7.

el legislador sí considera necesaria la regulación; pero la crítica no debe dirigirse a la imposibilidad de crear nuevos derechos reales, ni siquiera con el argumento poco convincente de que los particulares no pueden crear obligaciones a cargo de terceros contra su voluntad, porque ya hemos visto que esas obligaciones correlativas son de carácter genérico, carecen de contenido patrimonial y no tienen trascendencia jurídica en tanto no se interfiere en la esfera jurídica del titular del derecho.⁴⁸

A pesar de la actual corriente española, Castán Tobeñas se inclina por el sistema del *numerus clausus*, manifestando que es el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros, aun cuando acepta que, como en el caso de México, la legislación vigente no impone límite alguno para la creación de los derechos reales por voluntad de los particulares.⁴⁹

En México, Rojina Villegas sostiene la tesis del *numerus apertus*, concretamente en base a los principios de legalidad y de la autonomía de la voluntad, y siguiendo la postura de Kelsen, quien utiliza el argumento positivista de que nadie está obligado a lo imposible sólo porque el derecho así lo establece y no porque se trate de un principio de buen sentido común; "...con mayor razón se puede concluir que para el problema planteado, no existiendo ninguna ley que impida crear derechos reales distintos de los que reglamenta el legislador, sí será posible llegar a ese resultado a través del contrato".⁵⁰

De esta manera acepta la posibilidad de crear a través de contratos, incluso tipos intermedios de usufructo, uso y enfiteusis, para facultar al titular del derecho para disponer de sólo parte de los frutos, pero pudiendo disponer del propio derecho, que a la vez no se extinguiría con su muerte, o derechos de garantía desregulados como la anticresis; o secuestros convencionales de garantía, o bien pactar, en los casos de retención regulada, derecho a la venta y persecución de la cosa para el pago.⁵¹

Por su parte, Antonio de Ibarrola sostiene la tesis contraria, limitándose en principio a señalar que es más conforme a la naturaleza de los derechos reales y a los intereses de terceros;⁵² posteriormente

⁴⁸ En contra ver PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II: *Derechos Reales*, Ed. Aranzadi 1972, p. 43.

⁴⁹ *Ob. cit.* (10), pp. 73 y 74.

⁵⁰ *Ob. cit.* (11), p. 201.

⁵¹ *Idem*, p. 202 y ss.

⁵² *Cosas y Sucesiones*, Ed. Porrúa, 4a. ed. México, 1977, p. 595.

sostiene que los particulares no pueden crear derechos reales por voluntad, por el principio de que los particulares no pueden ir en contra de disposiciones de orden público, previsto en el artículo 6 del Código Civil. Esta opinión debe rechazarse por la misma razón antes expuesta; no existe ninguna disposición de orden público que prohíba la creación de derechos reales diversos a los regulados en ley; adicionalmente, debe indicarse que tal posición crea conflicto frente a la naturaleza jurídica de ciertos derechos novedosos derivados de contratos; el propio de Ibarrola admite la naturaleza real de los derechos derivados de certificados de participación inmobiliaria, denominados derechos de aportación en el caso del Estadio Azteca.⁵³

VI. LAS OBLIGACIONES REALES O *propter rem*

Para terminar, siguiendo siempre el criterio de distinción que me he permitido apuntar, haré una breve referencia a las siempre insuficientemente tratadas obligaciones *propter rem*, es decir, aquellas que le derivan al titular de un derecho real respecto de una cosa, por el solo hecho de esa titularidad o como consecuencia del ejercicio del derecho. Adelanto así, en términos dogmáticos, que a pesar de las diferencias secundarias a que más adelante me referiré, este tipo de obligaciones son de naturaleza personal y que pueden darse correlativamente entre los titulares de derechos reales respecto de una cosa, al titular del derecho de propiedad como resultado de límites a éste impuestos por la ley y que pueden tener también como fuente a la voluntad del particular. Seguiré en este punto muy de cerca el extraordinario trabajo presentado por el Lic. Luis Agustín Báez Avilés en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil convocado por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, A.C.⁵⁴

En resumen este autor sostiene que las acciones derivadas de la violación a una obligación *propter rem* son de carácter personal, porque están dirigidas contra un sujeto determinado y basado en un derecho de crédito;⁵⁵ estas obligaciones no derivan directamente del Derecho romano sino que han sido derivadas por la romanística;⁵⁶

⁵³ *Idem*, p. 598.

⁵⁴ "Las obligaciones reales o *propter rem*. Necesidad de su regulación en derecho positivo".

⁵⁵ *Idem*, p. 9.

⁵⁶ *Idem*, pp. 10 y 11.

siguiendo a Bonecasse sostiene que este tipo de obligaciones sólo pueden tener como fuente a la ley.⁵⁷

En cuanto a la naturaleza jurídica, difiero de la opinión del autor cuando sostiene que el sujeto activo se individualiza hasta que se incumple la obligación real, porque confunde la obligación real, de carácter genérico, negativa y sin contenido patrimonial, con las obligaciones *propter rem*. Cuando la ley impone una obligación al titular de un derecho real, sea ésta de dar, de hacer o de no hacer, dicha obligación surge siempre necesariamente frente a un sujeto activo determinado, que puede ser el titular de un derecho real igual o distinto respecto de la misma cosa o un tercero pero con relaciones de interdependencia subjetiva u objetiva, como sucede por ejemplo en los llamados límites a la propiedad privada como consecuencia del derecho de vecindad. Lo que es efectivamente cierto es que el incumplimiento de la obligación real trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios como en el caso de cualquier obligación personal.⁵⁸

Comentario aparte pero de absoluta importancia para este punto específico merece el límite al derecho de propiedad impuesto por el artículo 839 del Código Civil, que impone al propietario la obligación de hacer las obras necesarias para impedir que, al construir, la propiedad del vecino sufra menoscabo. En este caso sí se está frente a una obligación *propter rem*, en la que el sujeto pasivo es el propietario que construye y el sujeto activo de la relación el vecino. Lo que no es una obligación *propter rem* son los derechos que surgen por la violación de dicha obligación. Estos siguen siendo de naturaleza personal pero no se transmiten al nuevo dueño de la cosa, precisamente porque no son *propter rem*, sino que continúa vigente hasta su pago entre el constructor, antiguo dueño de la cosa y el tercero perjudicado.⁵⁹ Debe tomarse en cuenta que la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que en este caso la obligación de reparar sí es *propter rem* y se transmite como consecuencia al nuevo adquirente y en el mismo sentido opina Araujo Valdivia.⁶⁰

⁵⁷ *Idem*, p. 26.

⁵⁸ *Idem*, p. 34.

⁵⁹ *Idem*, p. 38.

⁶⁰ *Idem*, p. 39. Sosteniendo injustamente que se llamaría engaño al tercero perjudicado y que además el nuevo adquirente podría pedir del responsable la evicción, lo que en mi opinión resulta totalmente injusto porque puede mantenerse el derecho a la indemnización frente al antiguo dueño responsable de un menoscabo. El maestro Castro Estrada sostiene con otros argumentos que la obligación de indem-

1. Naturaleza jurídica

Por el carácter personal de las obligaciones *propter rem* parece inclinarse Lafaille.⁶¹

Cuando la obligación de hacer se impone por la ley al titular de un derecho real, lo único que resulta es que paralelamente al derecho real y dependiendo de éste, se da un derecho de crédito, en el que el titular o sujeto activo es el que puede exigir del titular del derecho real la conducta regulada. Por ejemplo, en las servidumbres voluntarias el titular del derecho de servidumbre puede quedar obligado exclusivamente frente al dueño del predio sirviente a realizar alguna obra o a pagar una contraprestación. Tal obligación no es correlativa al derecho real, sino paralela a éste; es de carácter personal porque la conducta regulada es la del deudor, existe un sujeto activo perfectamente determinado y es *propter rem* porque por sus características se transmiten junto con el derecho real del que deriva.⁶²

También se inclina por el carácter personal de las obligaciones *propter rem* Hernández Gil a pesar de las características propias de este tipo de relaciones jurídicas.⁶³

Vallet de Goytisolo parece también inclinarse por la tesis personalista de las obligaciones *propter rem*, pero sólo en lo que se refiere a su aspecto activo.⁶⁴

Sin embargo, parece definitiva la opinión de Aberkane, quien sostiene que las obligaciones *propter rem* son de naturaleza personal aun a pesar de ser consecuencia de la titularidad o del ejercicio de un derecho real, lo que sólo introduce ciertas reglas que diferencian su régimen de los derechos de crédito, como en los casos de transmisión y el abandono, reglas que no varían su naturaleza porque no derivan de esa misma naturaleza sino del origen de la relación jurídica.⁶⁵

2. Características especiales

Por último, siguiendo al propio Báez Avilés, haré unas breves reflexiones respecto a las características de las obligaciones *propter rem*.

nizar no es *propter rem*. Ver *Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriani*, Editorial Porrúa, México, 1974.

⁶¹ *Ob. cit.* (4).

⁶² Ver en este sentido CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.* (8), p. 53.

⁶³ Citado por PUIG PEÑA, *ob. cit.* (48), pp. 30 y 31.

⁶⁴ *Ob. cit.* (10), p. 157.

⁶⁵ Citado por BÁEZ AVILÉS, *ob. cit.* (34), pp. 27 y 28.

Sin duda la institución del abandono ha sido abandonada. La dificultad de su regulación normativa debe salvarse, porque la interpretación tradicional que la doctrina le ha dado presenta graves problemas de aplicación práctica. La *derelictio* que permitía que el deudor, en algunas obligaciones derivadas de la titularidad de un derecho real sobre la cosa, la abandonase en cumplimiento de dicha obligación, hace surgir otra característica no menos importante, que es la de que las obligaciones reales sólo valen hasta donde vale la cosa de la que derivan. Debe sin embargo apuntarse que en el antiguo Derecho clásico pocas eran estas obligaciones y no se encontraban perfectamente determinadas. Sin duda esto hizo pensar a Biondi que se trataba de obligaciones de carácter real porque el deudor no respondía con todo su patrimonio.

Para salvar lo anterior cabe señalar que estas obligaciones son de carácter ambulatorio, pero no por el hecho de que el sujeto pasivo permanezca indeterminado, sino porque éste puede variar en la medida en que se transmita el derecho real del que derivan. El sujeto pasivo es, en consecuencia, siempre determinado.⁶⁶

El abandono en mi opinión sólo puede utilizarse como forma de extinción de la obligación *propter rem*, cuando la ley lo permite y no puede considerarse como una forma genérica de cumplimiento de todas las obligaciones *propter rem*; esto es así porque, salvo cuando ordenado o permitido por el derecho positivo, no puede obligarse al acreedor a recibir a cambio algo distinto a lo que se le debe. De todas formas tendría que considerarse la razón axiológica de la institución del abandono, considerando hasta dónde es justo obligar al acreedor a recibir en pago la cosa de la que se deriva la obligación.⁶⁷

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que en todo caso la única obligación que puede extinguirse mediante el abandono, cuando esto está permitido, es la obligación *propter rem*, no así la obligación personal de reparar el daño causado por el incumplimiento de una obligación *propter rem*, porque aquella, la obligación de indemnizar, ya no es *propter rem* según se ha apuntado líneas arriba.

También es necesario regular la segunda característica, es decir, la dependencia del valor de la obligación al valor de la cosa de la que deriva. Hernández Gil de plano sostiene que no existe fundamento para esto y que el acreedor no puede pretender satisfacer su crédito sólo con la cosa, cuando ésta es de valor menor a la obligación.⁶⁸

⁶⁶ Ver BÁEZ AVILÉS, ob. cit. (34), pp. 9 a 15.

⁶⁷ Ver en este sentido a JUGLART, citado en *idem*, p. 17.

⁶⁸ *Idem*, p. 18.

Al regularse esta característica junto con la del abandono, debe señalarse como lo propuso Michon, que el abandono siempre será en favor del acreedor de la relación jurídica *propter rem*. Opera una dación en pago forzosa. Por ejemplo, un copropietario tiene obligación de cumplir con la parte que le corresponde en la reparación del muro medianero. Esta es una obligación *propter rem* en la que correlativamente son sujetos pasivos y activos los copropietarios. Uno de ellos puede liberarse de dicha obligación abandonando su derecho de copropiedad al otro copropietario.

En México la institución del abandono, hasta donde he podido investigar, sólo está regulada en los siguientes artículos del Código Civil de 1928: en el 944, por lo que se refiere a la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común; en el 960 y 961 por lo que se refiere a la misma obligación, pero específicamente referida al muro medianero; en el artículo 1121 por lo que toca a la obligación voluntaria que hubiera asumido el dueño del predio sirviente de hacer alguna cosa o de costear alguna obra y en el artículo 2368 por lo que se refiere a las obligaciones que pueden derivar al donatario de las cargas que se le hayan impuesto al hacer la donación.

No estamos de acuerdo con el autor que hemos venido citando cuando justifica la institución del abandono sosteniendo que por medio de esta figura se extingue el derecho de la que deriva la obligación *propter rem*. Abandonar el derecho no significa extinguirlo porque alguno debe quedar como titular de éste, sobre todo si se trata del derecho de propiedad;⁶⁹ por ello sostengo que el abandono significa dar, en lugar de la obligación *propter rem*, el derecho real del que deriva aquella y que el propio abandono siempre debe de realizarse en favor del acreedor de esa obligación *propter rem*.

⁶⁹ *Idem*, pp. 32 y 37.

LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS MEXICANAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*Consecuencias de la adhesión de los Estados Unidos de América
a la Convención de Berna*

Susana BARROSO MONTERO

Hace poco (abril 1989) me enteré que los Estados Unidos de América han ratificado la Convención en Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y que para dicho país las disposiciones de la Convención entrarán en vigor a partir del 1o. de marzo de 1989.

Los Estados Unidos han modificado su ley de Derechos de Autor para hacerla congruente con el Texto del Acta de París de 1971 de la Convención a partir de la misma fecha.

La noticia me llenó de gusto como aficionada a la materia y mucho más en lo personal, ya que el trabajo desarrollado dentro de la tesis profesional elaborada para obtener el título de Abogado el 9 de diciembre de 1987, se refiere precisamente a los problemas jurídicos que presenta la protección de las obras mexicanas en los Estados Unidos de América, problemas derivados principalmente de los diferentes sistemas de protección en ambos países.

En un primer momento egoístamente me pareció que el trabajo realizado apenas en diciembre de 1987 resultaba de alguna manera obsoleto por haber cambiado la situación del país vecino y por lo tanto el tratamiento a las obras mexicanas.

Sin embargo, recordé con gusto que la última de las conclusiones de la tesis propone buscar y alentar la adhesión de los Estados Unidos de América a la Convención de Berna, propuesta que una vez hecha realidad, me animó a llevar a cabo este breve análisis de las expectativas actuales para las obras mexicanas explotadas en los Estados Unidos de América a la luz de la "Berne Convention Implementation Act of 1988" firmada por el presidente Reagan el 31 de octubre de 1988 (BCIA).

Los cambios más relevantes que observamos en la BCIA son los siguientes:

I. Se elimina el trámite del registro como prerequisite para entablar una demanda en caso de infracción a los derechos de autor.

Esta eliminación del prerequisite del registro para entablar una demanda se restringe solamente a las obras no originarias de los Estados Unidos de América (Sección 411 de la Ley de Derechos de Autor Norteamericano, reformada).

La ley misma define lo que deberá entenderse por país de origen, esto es:

"El país de origen" de una obra protegida por la Convención de Berna, para los propósitos de la Sección 411, es los Estados Unidos de América:

1. En el caso de una obra publicada, si la obra es primero publicada

a) En los Estados Unidos.

b) Simultáneamente en los Estados Unidos y en otro Estado o Estados miembros de la Convención cuyas leyes garanticen un término de protección igual o mayor que el término previsto en los Estados Unidos.

c) Simultáneamente en los Estados Unidos y en un Estado que no sea miembro de la Convención de Berna.

d) En un Estado extranjero que no sea miembro de la Convención de Berna si todos los autores de la obra son nacionales, domiciliados o residentes de los Estados Unidos o en el caso de obras audiovisuales si las personas morales tienen sus oficinas principales en los Estados Unidos.

2. En caso de una obra inédita si todos los autores de la obra son nacionales, domiciliados o residentes de los Estados Unidos, o en el caso de una obra audiovisual inédita si todos los autores son personas morales con domicilio principal en los Estados Unidos.

3. En el caso de obra pictórica o escultura incorporada a un edificio o estructura, si el edificio o la estructura se encuentran localizados en los Estados Unidos.

Para los propósitos de la sección 411 "el país de origen" de cualquier otra obra protegida por la Convención de Berna es cualquiera que no sea los Estados Unidos.

Lo anterior significa que si alguna obra mexicana cayera en el su-

puesto b), esto es que fuera publicada simultáneamente en México y en los Estados Unidos, el titular de los derechos de autor sobre dicha obra estaría obligado a cumplir con el prerequisite del registro para poder entablar una demanda por alguna infracción a sus derechos en aquel país.

II. Se aumentan los mínimos y máximos de las indemnizaciones legales contempladas en la Ley Autoral Norteamericana:

Cuando el titular del Derecho de Autor tiene la carga de la prueba y si la infracción se ha cometido deliberadamente, en opinión de la Corte, puede ésta a su discreción incrementar el otorgamiento de los daños estatutarios a una suma máxima de 100,000 dólares. (Antes de la Reforma el máximo era de 500 dólares.)

Cuando el infractor tiene la carga de la prueba y si demuestra que no estaba interesado o no existía razón para creer que sus actos significaban una infracción del derecho de autor, la Corte puede a su discreción reducir el otorgamiento de daños estatutarios a una suma de no menos de 200 dólares. (Antes de la Reforma el mínimo era de 100 dólares.)

Como resultado de la reforma a la sección 411 ya es posible para cualquier titular de derecho de autor sobre alguna obra protegida por la Convención de Berna (cuyo país de origen no sea los Estados Unidos de América) intentar acción legal en contra del infractor de los derechos de autor sin contar con el registro previo de la obra en aquel país.

Sin embargo, como la sección 504 no fue modificada, en ese sentido, si el titular del derecho de autor que hace la reclamación no cuenta con el registro en su favor en los Estados Unidos no podrá reclamar indemnización legal ni gastos y costas del juicio.

Ya que en muchas ocasiones el daño material es difícil de determinar en las demandas por infracción a los derechos autorales, se convierte en un importante factor económico la reclamación de daños estatutarios y gastos y costas del juicio.

Así que el cumplir con la formalidad del registro en los Estados Unidos viene a ser totalmente necesario para las obras de origen extranjero desde el punto de vista económico.

III. Otro cambio importante es el de eliminar el requisito del aviso del derecho de autor en las copias o fonogramas.

Sin embargo, el uso del aviso sigue teniendo la ventaja de hacer inútil cualquier defensa por la infracción inocente si se demuestra

que el infractor tuvo acceso a una copia o fonograma que contuviera el aviso correspondiente.

Bajo la ley en vigor antes del primero de marzo de 1989, la publicación de una obra en los Estados Unidos o fuera de los Estados Unidos en copias sin aviso, o con aviso defectuoso, no ponen la obra en dominio público de inmediato, pero hacen que empiece a correr el término para reponer la falta de registro y así prevenir la pérdida de la protección.

Deberá registrarse la obra antes de que transcurran 5 años de la publicación defectuosa, además de añadir el aviso en las copias domésticas.

Ambas obras, doméstica y extranjera, publicadas sin aviso entre el 1º de enero de 1978 y el 1º de marzo de 1989, deberán cumplir con los pasos curativos señalados con anterioridad.

Existen muchas obras mexicanas sobre todo audiovisuales que han sido publicadas careciendo del aviso correspondiente, y que no han sido registradas en los Estados Unidos. Entonces, aun cuando éstas se encuentran registradas en México, si han transcurrido cinco años desde su publicación sin aviso y sin registro, estarán consideradas en los Estados Unidos como del dominio público y serán explotadas en ese país indiscriminadamente.

Las obras publicadas en los Estados Unidos antes del 1º de enero de 1978, sin aviso y si las obras publicadas por primera vez fuera de los Estados Unidos, sin aviso, entre el 18 de junio de 1959 y 31 de diciembre de 1977 entraron al dominio público en los Estados Unidos y no están protegidas por la Ley vigente o por la adhesión de Estados Unidos a Berna.

El registro sigue siendo necesario porque la Ley continúa previendo que los certificados de registro antes o dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la primera publicación son evidencia *prima facie* de validez en los procesos sobre Derechos de Autor.

Los registros hechos después de los cinco años de la publicación son solamente tomados como cualquier otra evidencia y la Corte fallará a su discreción.

El registro hecho antes o dentro de los tres meses anteriores a la publicación continúa permitiendo reclamar daños estatuarios y gastos y costas y honorarios de abogado.

El registro sigue siendo más que recomendable para las obras doméstica o extranjera como medida de seguridad para obtener prioridad en caso de conflicto.

Para los Derechos de Autor asegurados por publicación antes del 1º de enero de 1978, el requisito de renovación de los Derechos de Autor continúa sin cambio para obra doméstica o extranjera. Durante el vigésimo octavo año de la protección deberá hacerse el trámite en las oficinas de Derechos de Autor norteamericana para obtener la protección por un término no mayor de 75 años.

Sin tal requisito los Derechos de Autor expiran al término de los primeros 28 años.

Aquellas obras publicadas o registradas (lo que suceda primero) antes del 1º de enero de 1961 no son capaces de renovación.

Las obras creadas antes del 1º de enero de 1978, pero no publicadas ni tampoco registradas antes de tal fecha y las creadas en o después de esa fecha son generalmente protegidas durante la vida del último autor sobreviviente y 50 años después de su muerte.

Para las obras hechas por encargo o en las que el autor sea seudónimo o anónimo, la protección será de 75 años a partir de la primera publicación o 100 años a partir de la primera fijación en un soporte material (lo que llama nuestra Ley Federal de Derechos de Autor "forma de objetivación perdurable"). En caso de contar con las dos fechas se elegirá la que expire primero. Estos términos se convertirán en el de 50 años *post mortem* si se descubre la identidad del autor en los registros de la oficina autoral.

El término de protección para las obras no publicadas y tampoco registradas antes de 1978 no podrá expirar antes del 1º de diciembre de 2002 y, si estas obras fueran publicadas antes de tal fecha, el término no expirará antes del 31 de diciembre de 2027.

Estas disposiciones no fueron tampoco reformadas por la BCIA.

Todos los casos antes mencionados, en los cuales definitivamente observamos que el titular de los derechos de autor debe cumplir con formalidades para renovar así la protección de las obras a su favor indica una excepción importante a la prohibición que en este sentido señala la Convención de Berna.

Del análisis elaborado es fácil observar que por lo que respecta a la situación de las obras mexicanas explotadas en los Estados Unidos de América, ésta no varía considerablemente ya que lo único que aparentemente nos beneficiaría sería la abolición del registro previo como requisito para entablar alguna demanda por infracción a los derechos de autor en los Estados Unidos de América.

Ahora bien, tomando en cuenta que la falta de registro previo o dentro de los tres meses siguientes a la publicación sin el aviso de

derecho de autor hará imposible la reclamación de daños estatuarios y gastos y costas de juicio, se concluye que sigue siendo necesario el registro de las obras en aquel país.

La Convención de Berna señala en su artículo 5, inciso 2] que el goce y el ejercicio de los derechos de autor no estarán subordinados a ninguna formalidad, sin embargo, la extensión y los medios procesales mediante los cuales podrá el autor salvaguardar sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país donde se reclame la protección.

Los medios procesales establecidos por las leyes vigentes en los Estados Unidos, aún con las reformas, hacen imposible el total goce o ejercicio de los derechos de autor sin cumplir las formalidades que la misma establece ya que no podemos hablar de un pleno goce y ejercicio de cualquier derecho, si tomamos en cuenta que la reparación económica del daño se encuentra limitada en cuanto a la recuperación de daños estatuarios y honorarios de abogado como sería el caso de las obras mexicanas que no hubieran sido registradas en los Estados Unidos.

Al contrario, en este aspecto se empeora la situación para las obras mexicanas ya que al haberse incrementado esos renglones con motivo de la reforma, resulta económicamente más grave la pérdida de tales derechos y más recomendable todavía "el registro voluntario" de nuestras obras en los Estados Unidos de América.

Asimismo, la esperanza optimista de que con la adhesión de los Estados Unidos a la Convención de Berna se pudiese obtener una aplicación retroactiva de protección en aquel país en beneficio de los autores extranjeros, ha resultado inútil ya que las obras extranjeras que hayan pasado a dominio público en los Estados Unidos no podrán ser rescatadas.

Sin embargo, las obras nacionales estadounidenses sí podrán gozar de los beneficios que la Convención otorga al eliminar la necesidad para los titulares de derechos de autor de llevar a cabo la publicación de su obra simultáneamente en los Estados Unidos y en algún otro país miembro de Berna como lo venían haciendo los autores norteamericanos con anterioridad a la adhesión.

Esta práctica ya no tendrá que seguirse más respecto a las obras publicadas por primera vez en o después del 1º de mayo de 1989.

Dado que los Estados Unidos han pasado a ser Estado Miembro de la Convención de Berna, la primera publicación en su país hará

que las obras se encuentren automáticamente protegidas en otros países de la Unión.

La obra de un autor estadounidense recibirá protección dentro de todos los países de la Unión, sin importar si la obra ha sido publicada o dónde ha sido publicada por primera vez.

Bajo el artículo 18 de la Convención de Berna, los derechos de autor sobre obras estadounidenses, ahora en el dominio público en los Estados Miembros de Berna, *pero protegidas en los Estados Unidos*, pueden ser rescatadas y protegidas de nuevo en los otros países Miembros de la Unión.

Artículo 18.

"1) El presente Convenio se aplicará a todas las obras que en el momento de su entrada en vigor *no hayan pasado al dominio público en su país de origen* por expiración de los plazos de protección.

2) Sin embargo, si una obra, por expiración del plazo de protección que le haya sido anteriormente concedido hubiere pasado al dominio público en el país en que la protección se reclame, esta obra no será protegida allí de nuevo".

El segundo párrafo del artículo 18 de la Convención de Berna, es de especial importancia si tomamos en cuenta que en virtud del plazo de protección de 28 años que los Estados Unidos otorgaban hasta el 1º de marzo del año en curso, muchas de las obras mexicanas que son explotadas en el extranjero habrán pasado al dominio público y ya no podrá reclamarse su protección en aquel país. Sin embargo, para las obras de nacionales norteamericanos protegidos en los Estados Unidos será posible rescatar las obras que se encontraban ya en dominio público en algún Estado miembro de Berna.

El acta de adhesión de los Estados Unidos a la Convención de Berna no prevé protección para las obras originarias de los otros Estados miembros de Berna que se encuentran ahora en el dominio público en aquel país.

Entonces las siguientes obras seguirán en el dominio público en los Estados Unidos, aunque estén protegidas en su país de origen.

- a) Obras publicadas de países que no tengan relaciones de Derechos de Autor con los Estados Unidos.
- b) Las obras extranjeras anteriores a 1961 que no hayan formalmente renovado la protección en los Estados Unidos.
- c) Las obras publicadas por primera vez o distribuidas después en los Estados Unidos sin el aviso de derecho de autor antes del 1º de enero de 1978.

d) Las obras publicadas por primera vez fuera de los Estados Unidos después del 1º de enero de 1978 para las cuales no se pueda recuperar la protección.

e) Algunas obras de arte, publicaciones periódicas y libros fabricados fuera de los Estados Unidos en violación de requisitos domésticos de la Ley de Derechos de Autor norteamericana.

Por lo que respecta a la protección de los derechos morales del autor que la Convención de Berna reconoce en favor de los autores, no se observa tampoco modificación alguna dentro del sistema norteamericano.

Consideramos que la adhesión de los Estados Unidos de Norteamérica a la Convención de Berna podría haber resultado altamente benéfica para las obras mexicanas explotadas en ese país solamente en el caso de que se hubieran incorporado las disposiciones de la Convención automáticamente en la ley interna sin que hubiese habido necesidad de hacer modificaciones a la misma, ya que los derechos especialmente garantizados a los autores por la Convención son susceptibles de aplicación directa (self executing) formando parte de la legislación nacional como parte del Derecho de Gentes solamente aplicable a los extranjeros, de esta manera las reglas aplicables en caso de conflicto, aceptadas dentro de la Convención de Berna en protección de los autores podrían haberse convertido en parte de la legislación nacional en caso de conflicto de leyes.

Otra forma por la cual se esperaba haber obtenido algún beneficio de la adhesión de los Estados Unidos a Berna para las obras mexicanas era a través de las disposiciones contempladas por el artículo 18 (3) y (4) de la Convención ya que la ley interna norteamericana podría haber contenido previsiones transitorias especiales concernientes a las obras de origen extranjero en relación con la aplicación retroactiva de la protección, de la misma manera como México hizo en 1963 dentro de su Ley Federal de Derechos de Autor, estableciendo en su artículo 60. transitorio la posibilidad de rescatar las obras que hubiesen caído en el dominio público por no haber cumplido con las formalidades del registro hasta entonces regidas por los Códigos civiles anteriores.

Entonces aun cuando se ha logrado la adhesión de los Estados Unidos a la Convención de Berna siguen siendo válidas en junio de 1990, las conclusiones contenidas en la tesis elaborada con anterioridad a este evento que son las siguientes:

1. Las obras de nacionales mexicanos son objeto de una gran explotación en los Estados Unidos y viceversa.
2. El sistema de protección que contempla la Ley norteamericana es formalista, al registro de la obra es constitutivo de derechos.
3. En México las obras se encuentran protegidas desde su creación, siempre que consten en alguna forma de objetivación perdurable y que sean susceptibles de reproducirse o hacerse del conocimiento público por cualquier medio.
4. El sistema que contiene la Ley Federal de Derechos de Autor en México, establece el registro de las obras protegidas por dicha ley como meramente declarativo, solamente como un medio de prueba "juristantum" en caso de controversia.
5. Como tratados vigentes en la materia celebrados entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos se encuentra la Convención Universal sobre Derechos de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971 y la Convención Internacional sobre Propiedad Literaria y Artística, firmada en la ciudad en Buenos Aires, Argentina, el 11 de agosto de 1910.
6. Reconociendo la supremacía del Derecho Internacional sobre la legislación nacional, son las disposiciones de las Convenciones vigentes las aplicables en caso de conflicto entre disposiciones de leyes internas.
7. La Convención Universal en su artículo III considera satisfechas las formalidades en todo Estado contratante que les exija para la protección de los derechos de autor si las obras publicadas por primera vez y con autorización del legítimo titular, fuera del territorio del Estado por un autor que no sea nacional de dicho Estado llevan el símbolo C encerrado en un círculo, el nombre del titular del derecho de autor y el año de la primera publicación.
8. La Convención de Buenos Aires en el artículo 3o. solamente exige que aparezca en la obra cualquier manifestación que indique la reserva de la propiedad.
9. Tomando en cuenta lo dispuesto por la Convención Universal, las obras mexicanas que no hubieran sido registradas en los Estados Unidos, pero que sí tuvieran el aviso correspondiente, deben ser consideradas como registradas en aquel país, con todas las consecuencias que ello implique.
10. Basándonos en la Convención de Buenos Aires, las obras mexicanas que no estuvieran registradas en los Estados Unidos y

tampoco incluyeran el aviso de la C, nombre y año de fecha de primera publicación, pero sí incluyeran cualquier manifestación acerca de que su propiedad está reservada, deberán ser igualmente protegidas.

Solamente agregaríamos la necesidad urgente de que se celebre entonces un Convenio especial que contenga disposiciones para rescatar del dominio público a las obras de mexicanos en aquel país, que como ya se ha apuntado en múltiples ocasiones, son explotadas indiscriminadamente, y cada vez en mayor volumen.

Espero que próximamente, con la firma del Tratado de Libre Comercio entre México y los Estados Unidos de América, ahora sí incluyan en éste cláusulas bien claras con el fin de lograr una mejor protección de las obras mexicanas en aquel país y no se trate otra vez de un espejismo como lo fue la adhesión de los Estados Unidos de América a la Convención de Berna.

EL USO DE LA BULA *INTER CETERA* POR BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: 1. *La Bula Inter cetera, título jurídico legitimador de la Conquista.* 2. *Interpretaciones de la bula Inter cetera.* 3. *De los títulos no legítimos y de los títulos legítimos según Vitoria.* 4. *El uso alternativo de la bula Inter cetera por Bartolomé de Las Casas.* 5. *Derecho antiguo contra Derecho moderno.*

1. LA BULA *Inter cetera*, TÍTULO JURÍDICO LEGITIMADOR DE LA CONQUISTA

El 3 de mayo de 1493, el Papa Alejandro VI dio la Bula *Inter cetera*, por medio de la cual otorgó a favor de la Corona de Castilla soberanía, jurisdicción y dominio sobre las Indias.

Esto provoca un cuestionamiento ineludible: ¿Qué alcance jurídico tiene este famoso documento? ¿Puede tenersele como título, suficiente en Derecho, para legitimar a favor de España su soberanía, jurisdicción y dominio sobre las tierras americanas?

El propósito de entrarle al estudio de este documento y hacer alusión al cuestionamiento que provoca, es porque Bartolomé de Las Casas hace una interpretación del mismo de tal modo que le sirva para sus fines de defensa de los indios. Nuestra intención, entonces, no es la de agotar la polémica que se dio y se sigue dando en torno a la Bula *Inter cetera*. Nos interesa, pues, sólo tocar los puntos polémicos en la medida que sirven a nuestro propósito central.

Analicemos, pues, la controvertida Bula pontificia. Primero veamos de qué clase de documento se trata.

Una opinión bastante divulgada y aceptada, lo es en el sentido de que la Bula *Inter cetera* es un *laudo arbitral*. Según los que opinan de este modo, el Papa Alejandro VI, por medio de la Bula, resolvió, a manera de sentencia, las disputas entre España y Portugal sobre las tierras recién descubiertas. Sin embargo, muchos autores rechazan el hecho de considerar a la Bula como laudo, y en mi concepto creo que

llevan razón, pues como dice Silvio Zavala "la sentencia arbitral no existió" y "se expidieron sin conocimiento ni citación de los portugueses y el litigio entre las dos Coronas continuó mucho tiempo después de las bulas".¹ Javier de Cervantes dice con razón, en abono de la negativa del arbitraje: "nunca antes de su fecha hubo compromiso arbitral alguno entre las partes en conflicto, requisito básico para el arbitraje".²

Silvio Zavala, por su parte, basándose en que el Tratado de Torde-sillas de 7 de junio de 1494, por el que las Coronas castellana y portuguesa buscan resolver sus conflictos de descubrimientos y áreas de navegación, no hace alusión alguna a las bulas papales dadas tanto a favor de Portugal como de España y en concreto no se menciona la *Inter cetera*, concluye que "las bulas no se consideraban causa jurídica de los derechos".³ Y Zavala pone entonces al Papa como una especie de notario público de los reyes, pues afirma: "De esta suerte, las bulas eran instrumentos públicos tradicionalmente aceptados con valor autenticador, correspondiendo al Papado la función de registrar los derechos de los reyes".⁴

Javier de Cervantes no está de acuerdo con Silvio Zavala, pues "nunca ha hecho el Papa funciones de notario de nadie, ya sean reyes o emperadores; ningún precedente existe a este respecto que pugnara abiertamente contra la opinión que de la Santa Sede se ha tenido y se tiene".⁵

Por su lado el profesor de la Escuela Libre de Derecho opina que, descartada la idea de laudo arbitral y de acta notarial, "tiene que admitirse que el famoso documento expedido por el Papa Alejandro VI, es expresión de la voluntad del Pontífice encaminada a deshacer un conflicto y prevenir conflictos mayores".⁶

Empero esta opinión de Cervantes no da cuenta de si la Bula es causa generadora de derechos para Castilla o no. Y ésta es cuestión fundamental: ¿La Bula *Inter cetera* genera derechos de soberanía, dominio y jurisdicción sobre las Indias, a favor de la Corona castellana?

¹ ZAVALA, Silvio A., *Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América*. Ed. Porrúa, México, 1971, p. 33.

² DE CERVANTES, Javier. *Historia del Derecho Patrio: Apuntes para los alumnos de esta materia en la Escuela Libre de Derecho*. México, sin fecha, p. 156.

³ ZAVALA, Silvio A. *Las Instituciones...*, Ob. cit., p. 34.

⁴ *Idem*, supra.

⁵ DE CERVANTES, op. cit., p. 157.

⁶ *Idem*, supra.

Creemos que, si nos colocamos desde la óptica político-jurídica medieval —aunque no está exenta de polémicas—⁷ la respuesta debe ser afirmativa: la Bula *Inter cetera* es una concesión de derechos de soberanía, dominio y jurisdicción para la Corona de Castilla.

Dice Esquivel Obregón: "Tratando del valor y fuerza que tuvo la bula en aquella época y dadas las ideas jurídicas que entonces prevalecían, debe ante todo advertirse que siendo el descubrimiento de América el límite generalmente aceptado como fin de la Edad Media y principios de la Moderna, es natural que, al verificarse ese acontecimiento, habían de ser las doctrinas medievales las que sirvieran para resolver todos los casos que con relación al mismo se presentaran".⁸

La historia no se parte en dos de un día para otro; las ideas políticas y jurídicas de la modernidad se están gestando desde antes de los descubrimientos colombinos y pronto aparecen con fuerza. Por esa razón la Bula es cuestionada, ya que las ideas políticas de la modernidad ponen en jaque a las teorías medievales. Como título jurídico con pleno valor en el sentido de otorgar a España derechos de soberanía, dominio y jurisdicción sobre Indias, sólo puede tener como base las ideas, las teorías y las prácticas político-jurídicas de la Edad Media.

Existen muchos precedentes en la práctica papal medieval, por la que los pontífices hacen donaciones de territorios y otorgan soberanía y jurisdicción a reyes y poderosos señores, de tal modo que permiten reconstruir la genealogía de las bulas de Alejandro VI.⁹

"Los datos expuestos permiten afirmar con Nys, que la concesión de 1493 en favor de los reyes de Castilla no es un acto especial de soberanía del Pontificado, sino la prolongación de la práctica del medioevo, descubrimiento que repite lo que ya escribían sobre las bulas de Alejandro VI los antiguos autores españoles".¹⁰

Como apoyo de esto, citamos a Alfonso García Gallo, que afirma categórico: "La concesión de estas islas y tierras firmes, y de cuantas otras puedan hallarse navegando hacia Occidente, hacia la India, efectuada por el Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos en 1493, se ajusta igualmente al derecho internacional de la Edad Media".¹¹

⁷ Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo I. Ed. Porrúa, México, 1984, págs. 191-208.

⁸ *Idem*, p. 195.

⁹ Cfr. ZAVALA, Silvio, *Las Instituciones...*, op. cit., pp. 31 y 32.

¹⁰ *Idem*, supra, p. 32.

¹¹ GARCÍA-GALLO, Alfonso, "Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano", en la obra colectiva *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Estudios Histórico-Jurídicos*. Ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, S. A. México, 1987, p. XXXI.

Si se acepta que la controvertida Bula de Alejandro VI, es generadora de derechos para Castilla, tiene que aceptarse también —siempre desde la óptica medieval— que el Papa tenía facultades para conceder los susodichos derechos.

La Bula *Inter cetera* no tiene fundamento alguno en el Derecho natural, el jusnaturalismo no tiene bases para avalarla. La concesión de derechos para la Corona castellana, tiene sólo fundamentos juspositivistas, esto es de Derecho positivo, ya que se trata de una práctica aceptada con efectos jurídicos vinculantes, común entre los Estados medievales y el papado.

Así lo entendió la Corona castellana, como Derecho positivo. Y como tal lo incorporó en su legislación. La monarquía española entendió —y obró en consecuencia—, que había recibido del Papa la soberanía, dominio y jurisdicción de las Indias. Veamos dos textos de la Recopilación de Leyes de Indias, en ese sentido.

Ley 1, Título Primero, Libro III:

“Por Donación de la Santa Sede Apostólica, y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del mar Oceano, descubiertas, y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. . .”¹² (Su origen es una disposición del rey don Carlos I, dada en Barcelona el 14 de septiembre de 1519, con reiteraciones posteriores).

Ley 14, Título Doce, Libro IV:

“Por Haver Nos sucedido enteramente en el Señorío de las Indias, y pertenecer á nuestro Patrimonio y Corona Real los valdios, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los señores Reyes nuestros predessores, ó por Nos, ó en nuestro nombre, conviene que toda la tierra, que se posee sin justos ni verdaderos títulos, se nos restituya, segun, y como nos pertenece. . .” (Su origen es una disposición del rey Felipe II, de 10 de noviembre de 1572).

1.2 La Bula *Inter cetera* y la obligación de evangelizar

Pero, si bien la Corona castellana tuvo siempre a la Bula alejandrina como título jurídico que legitimaba su pleno dominio sobre los hom-

¹² Salvo referencia en contrario uso el texto de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, edición facsimilar de la de JULLÁN PAREDES de 1681, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973.

bres y sobre las tierras de Indias, entendió que este título le imponía la obligación de evangelizar a los naturales de América. Y es que, la *Inter cetera* no sólo concedía, no sólo daba derechos, sino que, ciertamente, imponía la obligación para la Corona de patrocinar la evangelización indiana.

Escribe Lassègue: “En cuanto a Alejandro VI, el restaurador del poder de la Iglesia en la Europa renacentista, no olvidar que las bulas de concesión a los Estados para evangelización se multiplican a partir del siglo XIV. Estamos en un periodo de dos siglos en que, respecto a los concilios y a los príncipes-obispos, el Papa, obispo de Roma y padre de la catolicidad, tiene que llevar la política del Evangelio entre la Iglesia local arraigada en un Estado determinado y la Iglesia universal trascendente a los Estados. Política del Evangelio que más que cualquier política estatal exige concretizarse en un arte, en una arquitectura entre medios y fines, según el estilo de cada época”.¹³

Para Esquivel Obregón la Bula *Inter cetera* es un título “no sólo espiritual, sino legal sobre los reinos de América; pero concesión a cambio de la obligación de proteger y evangelizar a los indios”. Y agrega: “Si se quita a la bula el carácter de donación remuneradora, a cargo de evangelizar a los indios, queda sin explicación la actitud de los reyes ante el problema de la penetración en América, su colonización y dominio”.¹⁴

También, así como la Corona incorporó a su legislación positiva las partes esenciales de la Bula respecto a la concesión de diversos derechos, de igual modo insertó en las Leyes de Indias parte del testamento de la reina Isabel La Católica, en donde se reconoce la obligación de evangelizar y de no causar agravio a los indios.

Ley 1, Título Diez, Libro VI:

En el testamento de la Serenísima, y muy católica Reyna Doña Isabel de gloriosa memoria, se halla la cláusula siguiente: *Quando nos fueren concedidas por la Santa Sede Apostólica las Islas, y Tierra firme de el Mar Oceano, descubiertas, y por descubrir nuestra principal intención fue al tiempo que lo suplicamos al Papa Alexandro Sexto de buena memoria, que nos hizo la dicha concesión, de procurar inducir, y traer los pueblos dellas, y los convertir á nuestra Santa Fe Católica. . . y no consientan, ni den lugar a que los Indios vezinos, y moradores de las dichas Islas*

¹³ LASSÈGUE, Juan Bautista, *La larga marcha de Las Casas*. Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, págs. 51 y 52.

¹⁴ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, p. 195.

y Tierra firme, ganados y por ganar, recivan agravio alguno en sus personas, y bienes: mas manden, que sean bien, y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien, y provean de manera, que no se exceda cosa alguna lo que por las letras Apostólicas de la dicha concesión nos es injungido, y mandado. . .

La monarquía española interpretó —así lo demuestran sus textos legales—, que la Bula *Inter cetera* le concedía la soberanía, el dominio y la jurisdicción en Indias; todo esto con la obligación de evangelizar y bien tratar a los indios.

Pero esto, que a simple vista aparece tan simple, no lo es. La interpretación de la Bula y sus efectos prácticos van a ser muy variados.

Tomemos la Bula como texto legal; ésta contiene dos premisas: el poder y el dominio, por un lado, y la evangelización y buen trato del indio, por el otro. En la política real, de hecho, en la *realpolitik*, ¿cómo equilibrarlas? ¿en dónde se va a cargar el acento? ¿no son acaso, contradictorias?

Las interpretaciones a este texto legal —llamémosle así, porque la Corona misma así lo adopta—, van a variar según la óptica y los objetivos políticos del intérprete, que lo será la Corona misma, sus consejeros y los tratadistas. Esto durante los tres siglos de hegemonía hispana y a lo largo y lo ancho de nuestra América.

Las Casas tendrá su propia interpretación de este texto legal, y buscará, luchará, porque la Corona acepte su punto de vista y actúe políticamente en consecuencia. Hará un cierto uso del Derecho objetivo que constituye la Bula *Inter cetera* como texto legal, como disposición jurídica positiva.

2. INTERPRETACIONES DE LA BULA *Inter cetera*

Las dos interpretaciones que más nos importa destacar de la Bula alejandrina son las de Fray Francisco de Vitoria y la de Bartolomé de Las Casas; a ellas les dedicamos los dos apartados siguientes. Aquí no referiremos a otros modos de leer lo conferido en la Bula.

Conviene decir que las diversas interpretaciones del documento que nos ocupa, están en íntima relación con la cuestión relativa a los "títulos justos" y "títulos injustos" del dominio hispano en América, así como el modo de tratar a los indios.

2.1 La *Inter cetera* como fundamento de la guerra a los indios

La posición extrema en este sentido es la de Fernández de Enciso, quien en 1513, "alegó ante los teólogos que Dios había asignado las Indias a España, por la donación que el Papa hizo a Fernando e Isabel, del mismo modo que se había concedido la Tierra Prometida a los judíos", y por lo tanto, "el rey puede, con toda justicia, enviar hombres para obligar a esos indios idólatras a entregarle su tierra, ya que le fue concedida por el Papa. Si los indios no hacían esto, él podría, con todo derecho, declarar la guerra en su contra, matar y esclavizar a los prisioneros de guerra, precisamente como Josué trató a los habitantes de la tierra de Canaán".¹⁵

Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), jurista y humanista, consejero de la Corte, acérrimo enemigo de Las Casas; justifica el dominio español en América por la superioridad de los españoles en relación a los habitantes de las Indias, a quienes considera, siguiendo a Aristóteles, como "siervos por naturaleza". Sus tesis las expresa en su *Democrates Alter* o *Tratado sobre las Justas Causas de la Guerra contra los Indios*.¹⁶ Sepúlveda justifica aquello en cuya defensa tantos años de mi vida había yo gastado . . . la licitud de la guerra contra los Indios como medio de atraerlos al redil de Cristo".¹⁷ Veamos una síntesis de sus tesis, en voz de Leopoldo el interlocutor del *Demócrates Segundo*:

Nada tengo ya que replicar, ¡oh Demócrates! sobre la justicia de esta guerra y conquista, que me has probado con fuertes razones sacadas de lo íntimo de la filosofía y de la teología. . . cuatro son las causas en que fundas la justicia de la guerra hecha por los españoles á los bárbaros. La primera es que siendo por naturaleza siervos los hombres bárbaros, incultos e inhumanos, se niegan a admitir la donación de los que son más prudentes, poderosos y perfectos que ellos; dominación que les traería grandísimas utili-

¹⁵ HANKE, Lewis. *La humanidad es una*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, págs. 67 y 68.

¹⁶ Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1987. Este texto lo escribió Sepúlveda hacia 1547, permaneció inédito hasta 1892, sin embargo circuló bastante por copias manuscritas. Había sido prohibida su publicación por el Consejo Real de las Indias, por dictamen desfavorable de las universidades de Alcalá y Salamanca.

¹⁷ LOZADA, Ángel, *Epistolario de Juan Ginés de Sepúlveda*. Ediciones Cultura Hispánica del Centro Internacional de Cooperación, Madrid, 1979. p. 160 (Carta de Sepúlveda a Martín de Oliva, de primero de octubre de 1551).

dades, siendo además cosa justa, por derecho natural, que la materia obedezca á la forma, el cuerpo al alma, el apetito á la razón, los brutos al hombre, la mujer al marido, los hijos al padre, lo imperfecto á lo perfecto, lo peor a lo mejor, para bien universal de todas las cosas. Este es el orden natural que la ley divina y eterna manda observar siempre. . . La segunda causa que has alegado es el desterrar las torpezas nefandas y el portentoso crimen de devorar carne humana. . . Y después añadiste una cosa que para mí tiene gran fuerza. . . el salvar de graves injurias á muchos inocentes mortales á quienes estos bárbaros inmolaban todos los años. . . En cuarto lugar probaste con adecuadas razones que la religión cristiana debe ser propagada por medio de la predicación evangélica siempre que se presente ocasión para ello, y ahora está abierto y seguro el camino á los predicadores y maestros de las costumbres y de la religión. . . y es evidente que nada de esto hubiera podido hacerse sino sometiendo á los bárbaros con guerra ó pacificándolos de cualquier otro modo.¹⁸

Sepúlveda considera que el dominio español en América tiene como un título legítimo la donación papal: "Pero hoy ya por el derecho de gentes, que da el derecho de las tierras desiertas á los que las ocupen, y por el privilegio del Pontífice máximo se ha conseguido que el imperio de estos bárbaros pertenezca legítimamente a los españoles", esto no porque carecieran de legítimos señores, sino porque éstos no eran civilizados, "y además por el decreto y privilegio del sumo sacerdote y vicario de Cristo, á cuya potestad y oficio pertenece sosegar las disensiones entre los príncipes cristianos, evitar las ocasiones de ellas y extender por todos los caminos racionales y justos la religión cristiana. El sumo Pontífice, pues, dió este imperio á quien tuvo por conveniente".¹⁹

Sepúlveda ratifica sus tesis en su *Historia del Nuevo Mundo*. Nos dice que informados los reyes del descubrimiento de Colón, consultaron la opinión del Sumo Pontífice y de la Sede Apostólica, en lo relativo a "extender el imperio y la religión cristiana". Consultaron "para que no se creyera que se decidía o intentaba una empresa contra derecho y fuera de las leyes cristianas o incluso comunes, las que llamamos naturales". Y Alejandro VI. . . aprobó sin reservas mediante una carta y una bula la intención y decisión de los Reyes de someter

¹⁸ SEPÚLVEDA, Juan Ginés de, *Tratado sobre las Justas Causas de la guerra contra los Indios*, ob. cit., págs. 153 y 155.

¹⁹ *Idem*, supra, págs. 151 y 153.

a los indios para convertirlos más fácilmente a la religión cristiana. . . Es más, en virtud del poder y la autoridad suya y de Cristo, de quien es su vicario, otorgó a los reyes y sus descendientes ese derecho a perpetuidad y la facultad de realizar tales actos". Considera que si los indios "no se someten al poder de los cristianos, no es posible llevarlos a la fe de Cristo únicamente por medio del adoctrinamiento y la persuasión y sin que ello suponga grandes peligros, dificultades y un largo tiempo. Hay que obligarles, por tanto, no a que reciban la fe de Cristo, que no puede ser dada contra su voluntad, sino a que obedezcan al poder de los cristianos y dejen de rendir culto a los ídolos".²⁰

2.2 *La Bula alejandrina, como base para usufructuar tierras, minas y trabajo humano*

Esta interpretación de la *Inter cetera* viene dada, sobre todo, por los voceros de los encomenderos indios y de aquellos que habían recibido mercedes de tierras y minas.

Dentro de las discusiones teológicas y jurídicas en relación al dominio español, el virrey del Perú, Francisco de Toledo, mandó hacer un documento para demostrar la legitimidad de la hegemonía hispana. Ese escrito es conocido como *Parecer de Yucay* (1571); aunque se ha discutido su autoría, se sabe ya con certeza que lo elaboró el fraile dominico García de Toledo, primo del propio virrey. El texto se halla en la Biblioteca Nacional de Madrid y fue publicado en la *Colección de documentos para la historia de España* con el siguiente encabezado: "Copia de una carta que según una nota se hallaba en el archivo general de Indias, y que hemos rectificado con otra que tenemos a la vista, donde se trata el verdadero y legítimo dominio de los Reyes de España sobre el Perú, y se impugna la opinión del P. Fr. Bartolomé de Las Casas". Este documento es ampliamente comentado por el teólogo peruano Gustavo Gutiérrez en su último libro.²¹

El *Parecer de Yucay* es una reafirmación de la legitimidad del dominio y del poder de España en Indias, tratando de destruir los argumentos que lo cuestionan salidos de la pluma de Bartolomé de Las Casas. Quisiéramos, sin embargo, resaltar lo relativo a la argumenta-

²⁰ SEPÚLVEDA, Juan Ginés de, *Historia del Nuevo Mundo*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 59.

²¹ GUTIÉRREZ, Gustavo, *Dios o el oro en las Indias. Siglo XVI*. Ed. Instituto Bartolomé de Las Casas y Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1989.

ción favorable al aprovechamiento legítimo que los españoles hacen de las riquezas indianas.

Con una visión providencialista de la historia —típica de la época, y a la cual no es ajeno el propio Las Casas aunque con una visión distinta—, el documento considera que las Indias fueron dadas por Dios a los reyes de España a cambio de las tierras de la península que ellos reconquistaron para la fe, arrancándoselas a los moros. Aparece, como bien dice Gustavo Gutiérrez, el trueque como “un nuevo título para la posesión de estas reinos”,²² pues Dios y los reyes de España intercambiaban tierras.

Ahora bien, para que los cristianos se interesaran en venir a estas tierras a traer el evangelio, Dios tuvo que llenar de riquezas a las Indias y así los hombres emisarios de la Buena Nueva se vieran recompensados. *El parecer de Yucay*, pone esta parábola. Dios se comportó “con estos gentiles miserables y con nosotros, como un padre que tiene dos hijas: la una muy blanca, muy discreta y llena de gracia y donaires, la otra muy fea, legañosa, tonta y bestial. Si ha de casar la primera no ha menester darle dote sino ponerla en palacio, que allí andarán en competencia los señores sobre quien se casará con ella. A la fea, torpe, necia, desgraciada, no basta esto sino darle gran dote, muchas joyas, ropas ricas, suntuosas, caras y con todo esto dios y ayuda”.²³ De tal modo que la conclusión que se saca de esta argumentación es que “si no hay oro no hay Dios en las Indias”.²⁴ No deja lugar a dudas el propio documento que comentamos: “porque en estos reynos, más que en otros, lo espiritual depende de lo temporal”.²⁵ Y véase la conclusión, fundamento del usufructo de las riquezas amerindias por los españoles: “Luego las minas, moralmente, tan necesarias son como para haber rey, pues sin ellos no se conservará, ni sin su Majestad, el Evangelio. Luego, *santas y buenas* son, y gran ceguedad en los hombres negarlo, y malicia en el demonio, y obra suya”.²⁶

La donación de Dios a los españoles, hecha por su vicario, fundamenta el aprovechamiento de las riquezas de estas tierras. Constituyen el pago por la evangelización.²⁷

²² *Idem, supra*, p. 109.

²³ Citado por GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 113.

²⁴ GUTIÉRREZ, Gustavo, *op. cit.*, p. 121.

²⁵ Citado por GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 122.

²⁶ Citada por GUTIÉRREZ, G. *op. cit.*, p. 123.

²⁷ Dice Gustavo GUTIÉRREZ en la obra citada: “El oro resulta así el verdadero mediador de la presencia de Dios en las Indias. La posición de García de Toledo es una especie de cristología al revés. En última instancia el oro ocupa el lugar

Antonio de Remesal tiene un pasaje en su obra al cual debemos volver después, pero que aquí es oportuno traer a cuento. Cuando el obispo de Chiapas, Bartolomé de Las Casas, dispone que no se han de perdonar los pecados a aquellos que tienen indios sometidos mientras los conserven en ese estado, se le arma un gran lío provocado por su feligresía que vive de la encomienda o de la esclavitud de hecho a la cual han sometido al indio. Dice Remesal, que los perjudicados con la medida canónica del obispo respecto de las confesiones y absolución de los pecados, “Pasaron adelante y requiriéndole con la bula de la concesión de las Indias y cómo habían por virtud della conquistado la tierra y que así no había pecado en hacer esclavos los indios por ser la guerra justa. A esto les respondía el señor obispo que la había leído muchas veces y que en toda ella no había palabra de guerra, ni licencia para hacer esclavos, y que el Papa no le podía mandar que diese los sacramentos a los que no sólo no tenían propósito de la enmienda del pecado: pero que ni aun dejaban de pecar. No obstante esta respuesta le decían que era inobediente al Sumo Pontífice y menospreciador de sus bulas apostólicas...”.²⁸

Aquí los encomenderos y esclavistas españoles, justifican el usufructo a su favor del trabajo de los indios, por la famosa bula *Inter cetera*.

3. DE LOS TÍTULOS NO LEGÍTIMOS Y DE LOS TÍTULOS LEGÍTIMOS SEGÚN VITORIA

Para el objeto de nuestro trabajo, que es el modo como Bartolomé de Las Casas hace uso de la juridicidad de su tiempo en defensa de los indios, son precisamente las interpretaciones que hacen él y Vitoria de la Bula *Inter cetera*, las que nos interesa destacar de manera primordial. No es que ambos frailes dominicos coincidieran. Al contrario, su interpretación, estrictamente jurídica, es distinta. Pero al contrastar el pensamiento lascasiano con el del maestro de Salamanca —que en cierto sentido es el más avanzado de su época—, vamos a ver con más claridad el uso que del Derecho hace Las Casas, que constituye, justamente, un uso alternativo del mismo.

de Cristo en tanto que intermediario del amor del Padre; porque gracias al oro los indios pueden recibir la fe y salvarse, en cambio sin él se condenarían.” (Págs. 123 y 124).

²⁸ REMESAL, Antonio de, Fray. *Historia General de las Indias Occidentales y Particular de la Gobernación de Chiapas y Guatemala*. Tomo 1, Ed. Porrúa, México, 1988. p. 447.

Silvio Zavala escribe: "Para sistematizar las opiniones sobre el valor hispano-indio de la donación de 1493, tenemos que distinguir las dos posiciones de que hablamos en el capítulo anterior: es decir, la de los autores que concedían al Papa el dominio temporal absoluto sobre todos los reinos de los infieles y la de los que, negándole ese poder, concluían, sin embargo, admitiendo algún derecho derivado de la bula en favor de los reyes castellanos. Para los primeros tratadistas no hubo dificultad: siendo el Papa señor de los reinos infieles tenía facultad para cederlos, como lo hizo Alejandro VI, en favor de los reyes españoles, y al quedar éstos como dueños de las Indias Occidentales, podían intimar a los indios la sujeción; si ellos no obedecían, serían dominados por la fuerza como súbditos rebeldes. Pero los autores que negaban al Papa el poder temporal sobre los infieles ¿cómo podían reconocer la validez de la donación?"²⁹

Tanto Vitoria como Las Casas pertenecen al segundo grupo. El primero le reconoce un mínimo valor a la Bula; el segundo en cambio, sí lo considera como un título legítimo primordial a favor de la Corona castellana. Analicemos, pues, los dos puntos de vista. Comencemos con Vitoria.

Francisco de Vitoria (+1546), de ascendencia vasca, nació entre 1483 y 1486, en Vitoria, capital de la provincia de Álava.³⁰ Hizo sus primeros estudios en Burgos y de ahí pasó a París. Enseñó en el Colegio de Santiago de París, en el de San Gregorio de Valladolid y más tarde en la Universidad de Salamanca y en el colegio salmantino de San Esteban.

Fue ante todo profesor; no escritor. "Supo unir el rigor del método escolástico a la elegancia humanística del decir, y abordar problemas de actualidad con una independencia de criterio que, elogiada por unos, tenía que ser vista con recelo por otros. Si lo que caracteriza la escolástica española del Siglo de Oro es la aplicación del caudal del pensamiento clásico y cristiano a la nueva situación histórica, esta tendencia le fue claramente impresa por Vitoria".³¹ No escribió nada. Sus enseñanzas las conocemos indirectamente por apuntes de sus oyentes.

El núcleo de su pensamiento está en las *Relecciones Teológicas y Jurídicas*, o sea, en las lecciones extraordinarias que, siguiendo el uso

²⁹ ZAVALA, S. *Las Instituciones...* op. cit., págs. 40 y 41.

³⁰ La ciudad castellana de Burgos le disputa a la de Vitoria el honor de ser la ciudad natal del ilustre dominico. La duda sobre el lugar de su nacimiento subsiste.

³¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo II. Ed. Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, p. 54.

de la época, diera en días festivos en la plaza pública. Los catedráticos titulares de colegios y universidades, en días feriados, repetían ante toda la comunidad los temas más importantes de sus cátedras; muchos de estos temas polémicos. Por esa razón se llaman "relecciones" o "repeticiones de cátedras".

3.1 De los títulos no legítimos

Para entrar a la discusión acerca de los títulos verdaderos, legítimos, y aquellos que no lo son, y que se alegan en favor del dominio español en América, Vitoria plantea una primera cuestión:

"preguntaré primero, para proceder con orden, si esos bárbaros, antes de la llegada de los españoles, eran verdaderos dueños pública y privadamente; esto es, si eran verdaderos dueños de las cosas y posesiones privadas, y si había entre ellos algunos hombres que fueran verdaderos príncipes y señores de los demás".³²

Y, después de varios interesantes razonamientos, el maestro dominico responde:

"Nos queda, pues, esta conclusión cierta: *Que antes de la llegada de los españoles, eran ellos verdaderos señores, pública y privadamente*".³³

Esta conclusión de Vitoria es muy fuerte, porque destruye la legitimidad de varios títulos alegados en favor del dominico hispano, esto por un lado; y, por otro, obliga al dominico a una argumentación distinta, que es de donde nace el Derecho Internacional, y que ya es con premisas del pensamiento de la modernidad, dejando de lado la medieval tesis imperial.

Vitoria, entonces, empieza a negar legitimidad a varios supuestos títulos. "El primer título —dice el fraile— puede ser que *el emperador es señor del mundo*; y así dado que en el tiempo pasado hubiera habido algún vicio o ilegalidad (en la posesión) ya estaría subsanado en el César, emperador cristianísimo".³⁴ Sin embargo sostiene: "Pero ningún fundamento tiene esta opinión. Y, por tanto, sea así Primera conclusión: *El emperador no es señor de todo el orbe*. Se prueba: Porque el dominio no puede provenir sino o del derecho divino, del natural o del humano positivo. Pero por ninguno de estos derechos hay señor

³² *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria*, Tomo 1. Introducción y notas de Rafael Aguayo Spencer, Ed. Jus, México, 1947, p. 50.

³³ *Idem, supra*, p. 77.

³⁴ *Idem, supra*, p. 83.

del orbe".³⁵ Pasa después a probar que ninguno de estos derechos prescribe tal dominio a favor del emperador, y establece una segunda conclusión: "Dado que el emperador fuese señor del mundo, no por eso podría ocupar las provincias de los bárbaros y establecer nuevos señores y deponer a los antiguos, y cobrar tributos".³⁶ Agrega: "De todo lo dicho se infiere claramente que por este título no pueden los españoles ocupar aquellas provincias".³⁷

Analiza el supuesto segundo título "que se alega, y vehementísimamente por cierto, para justificar la posesión de aquellas provincias, es la autoridad del Sumo Pontífice".³⁸

"Es, dicen —continúa Vitoria—, el Sumo Pontífice monarca de todo el orbe, aun en lo temporal, y pudo, por consiguiente, y así lo ha hecho, nombrar a los reyes de España príncipes de aquellos bárbaros y de aquellas regiones".³⁹ Esta es una clara alusión a la Bula *Inter cetera*, aunque expresamente no la mencione. Pero como dice Aguayo Spencer, Vitoria "conocedor profundo de la problemática teológica, no se detiene en el análisis especial de esta cuestión, sino que la examina desde un punto de vista más general".⁴⁰ Esto es, la argumentación del profesor de Salamanca no se centra en el análisis del documento pontificio, sino que argumenta en relación a la raíz de la cuestión.

Después de un profundo análisis teológico y jurídico, Vitoria responde por proposiciones. "Primera: el Papa no es el señor civil o temporal de todo el orbe, hablando de dominio y potestad civil en sentido propio".⁴¹ Esto porque "si Cristo no tuvo el dominio temporal... mucho menos lo tendrá el Papa, que no es más que su vicario".⁴² "Y se prueba la tesis suficientemente con el mismo argumento que antes para el emperador, porque no le puede convenir el dominio sino por derecho natural, o por derecho divino, o por derecho humano. Por derecho natural y por derecho humano es cierto que no. Si por derecho divino en ninguna parte consta; luego esto se afirma arbitrariamente y sin fundamento".⁴³

³⁵ *Idem, supra*, p. 86.

³⁶ *Idem, supra*, p. 96.

³⁷ *Idem, supra*, p. 97.

³⁸ *Idem, supra*.

³⁹ *Idem, supra*.

⁴⁰ En su comentario a la nota 4 de la obra *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria*. Tomo II, *op. cit.*, p. 164.

⁴¹ *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria*. Tomo I. *op. cit.*, págs. 100 y 101.

⁴² *Idem, supra*, p. 101.

⁴³ *Idem, supra*, p. 102.

Continúa Vitoria: "Segunda proposición. *Dado que el Sumo Pontífice tuviera tal potestad secular en todo el orbe, no podría transmitir esa potestad a los príncipes seculares...* Tercera proposición. *El Papa tiene potestad temporal en orden a las cosas espirituales, esto es, en lo que sea necesario para administrar las cosas espirituales...* De donde se sigue el siguiente corolario: *aunque los bárbaros no quieran reconocer ningún dominio al Papa, no se puede por ello hacerles la guerra ni ocuparles sus bienes. Es evidente, porque tal dominio no existe*".⁴⁴

De tal modo que Vitoria le niega legitimidad a la Bula *Inter cetera* —sin mencionarla—, como título del dominio español en Indias. No deja lugar a dudas: "De todo lo cual se desprende claramente que tampoco este título es idóneo contra el derecho de los bárbaros. Y ya sea fundándose en que el Papa donó como señor absoluto aquellas provincias, ya en que no quieren reconocer el dominio del Papa, no tienen los cristianos causa justa para declararles la guerra".⁴⁵

En suma, para Vitoria, dice con razón Aguayo Spencer, "todo lo que podía hacer Alejandro VI fue señalar a las potencias interesadas, zonas dentro de las cuales pudieran enviar a predicar a sus misioneros. En ningún caso pudo válidamente la Bula ser atributiva de soberanía, por la sencilla razón de que nadie da lo que no tiene".⁴⁶

Sigue en su análisis Vitoria: "Por esto, pudiera alegarse otro título: *el derecho de descubrimiento*. Al principio no se alegaba otro, y con sólo él navegó Colón el genovés".⁴⁷ "Mas en este título, que es el tercero, no es preciso gastar muchas palabras, puesto que está ya probado antes, que eran los bárbaros verdaderos dueños pública y privadamente".⁴⁸

"Y por esto un cuarto título se alega; a saber: *que no quieren recibir la fe de Cristo, no obstante habérselo propuesto y habérseles exhortado con insistentes ruegos a recibirla*".⁴⁹

Contra este supuesto título el dominico argumentaba así: "Si la fe cristiana se propone a los bárbaros de un modo probable, esto es, con argumentos probables y racionales y con una vida digna y cuidadosa en conformidad con la ley natural, que es grande argumento para

⁴⁴ *Idem, supra*, págs. 104 y 108.

⁴⁵ *Idem, supra*, p. 11.

⁴⁶ AGUAYO SPENCER, en la nota 4, *Idem, supra*, págs. 166 y 167.

⁴⁷ *Las Relecciones...* *op. cit.*, p. 112.

⁴⁸ *Idem, supra*.

⁴⁹ *Idem, supra*, p. 113.

confirmar la verdad, y esto, no sólo una vez y a la ligera, sino con esmero y diligencia, están obligados los bárbaros a recibir la fe de Cristo bajo pena de pecado mortal".⁵⁰ Sin embargo agrega, con extraordinaria perspicacia, lo siguiente: "No estoy muy persuadido de que la fe cristiana haya sido hasta el presente de tal manera propuesta y anunciada a los bárbaros, que estén obligados a creerla bajo nuevo pecado".⁵¹ Y concluye: "Aunque la fe haya sido anunciada a los bárbaros de un modo probable y suficiente, y éstos no la hayan querido recibir, no es lícito, sin embargo, por esta razón, hacerles la guerra ni despojarlos de sus bienes".⁵²

"Otro título se alega más seriamente, y es el título quinto, a saber: los pecados de los mismos bárbaros. . . ya que cometen muchos y gravísimos, según cuentan. . . Pero yo establezco la siguiente conclusión: Los príncipes cristianos, ni aun con la autoridad del Papa, pueden apartar por la fuerza a los bárbaros de los pecados contra la naturaleza, ni por causa de ellos castigarlos".⁵³

El sexto título que se alega es el de *elección voluntaria*. Según Vitoria éste tampoco es idóneo, esto porque los electores "debían hallarse ausentes de miedo y la ignorancia que vician toda elección. Pero esto es precisamente lo que más interviene en aquellas elecciones y acepciones, pues los bárbaros no saben lo que hacen, y aun quizá ni entienden lo que les piden los españoles. Además, esto lo piden gentes armadas a una turba desarmada y medrosa y rodeada por ellas".⁵⁴

Los anteriores títulos son los alegados como legítimos por Ginés de Sepúlveda y sus seguidores. Vitoria no los echa abajo, pues niega que se pueda hacer la guerra a los indios y, obviamente, no los considera "siervos por naturaleza".

Por último se refiere al alegado, según veíamos arriba, por Fernández de Enciso. "El séptimo título que puede invocarse es una donación especial de Dios. Dicen algunos, no sé quiénes, que Dios, en sus singulares juicios, condenó a todos estos bárbaros a la perdición por sus abominaciones, y les entregó en manos de los españoles como en otro tiempo a los cananeos en manos de los judíos. Pero de esto no quiero disputar mucho, porque es peligroso creer a aquel que afirma una profecía contra la ley común y contra les leyes de la Escritura, sino

⁵⁰ *Idem, supra*, p. 129.

⁵¹ *Idem, supra*, p. 130.

⁵² *Idem, supra*, págs. 130 y 131.

⁵³ *Idem, supra*, págs. 133 y 135.

⁵⁴ *Idem, supra*, p. 141.

confirma sus doctrinas con milagros, los cuales en esta ocasión no se ven por parte alguna".⁵⁵

3.1.1. *Algunas tesis de Domingo de Soto*

Domingo de Soto (1495-1560), otro teólogo-jurista español, contemporáneo de Vitoria, también de la Orden de Predicadores, y que presidió el debate de Valladolid entre Sepúlveda y Las Casas, tiene tesis que van en abono de lo enseñado por el propio Vitoria, colocado ya en el pensamiento de la modernidad. Venancio Diego Carro escribe: "*España superó con sus grandes teólogos juristas del siglo XVI y XVII, acaudillados por los dos maestros de la Universidad de Salamanca Vitoria y Domingo De Soto, la ideología medieval, imperante y triunfadora en toda Europa, y harto pagana en algunos aspectos a pesar de tantos siglos de cristianismo*".⁵⁶ Esto, porque "sepulta Soto, con Vitoria, las falsas teorías medievales sobre el poder universal del emperador y del Papa. . . , a la vez que revaloriza los Derechos y Deberes naturales y humanos del hombre, sin distinción de razas y creencias".⁵⁷ Esto en su gran obra *De la Justicia y Del Derecho (De Iustitia et Iure)*.

A la cuestión de si el emperador es dueño del mundo, argumenta de la siguiente manera. Comienza por sostenerse la tesis afirmativa, que es la de la teoría política medieval: "el Soberano Pontífice y el Emperador son los dos grandes luminares del mundo. Pues bien. El Sumo Pontífice es uno en lo espiritual para todo el mundo, porque convino que no hubiera más que una sola cabeza para el cuerpo de la Iglesia universal. Pues por la misma razón fue conveniente que en lo temporal no hubiera tampoco más que una sola cabeza. Y ésta no puede proponerse otra más que la del Emperador".⁵⁸ Pero sobre esto existe división de opiniones entre los doctores de ambos Derechos, nos advierte el sabio de Segovia, por lo que "es necesario descubrir su sentido por medio de razones".⁵⁹

Y entonces De Soto establece esta conclusión: "Aunque la Majestad Imperial sea una institución y un don de Dios, sin embargo no hay razón que haga creíble que su imperio se extiende por todo el mundo".⁶⁰

⁵⁵ *Idem, supra*, p. 142.

⁵⁶ En el prólogo de la obra *De la Justicia y del Derecho* de DOMINGO DE SOTO, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. p. XIV.

⁵⁷ *Idem, supra*, p. XXIX.

⁵⁸ DE SOTO, Domingo, *op. cit.*, Libro IV, Cuestión IV, Artículo II.

⁵⁹ *Idem, supra*.

⁶⁰ *Idem, supra*.

Esto porque "Si el Emperador fuera dueño del Universo, o lo sería en virtud del derecho divino, o del natural, o del humano, o sea, de gentes, y civil. Pues bien. No lo es por ninguno de estos derechos."⁶¹

De Soto termina este "artículo" reiterando su conclusión y haciendo una alusión al tema que nos ocupa:

"Acerca de la otra ley citada (*Extrav. ad reprimendum*), Bart, inventa muchas cosas: Afirmando que el emperador es el dueño de todo el mundo, y que lo es por determinación del Soberano Pontífice, cosa que nunca admitió ningún César, ni lo enseña la razón; porque, como queda dicho más arriba, el poder civil procede de la elección de la sociedad civil... Bártolo, efectivamente, no tuvo en cuenta de qué manera el poder civil viene de Dios mediante el derecho natural a través, por tanto, de la constitución de la sociedad... El plan parecía que podía añadir aquí una cuestión acerca del dominio que particularmente tienen los Reyes Católicos sobre los occidentales, hace cincuenta años descubiertos; pero sería demasiado larga; y por esto la hemos reservado para tratarla en el opúsculo *De Ratione promulgandi Evangelium*, que tenemos preparado."⁶²

Por lo que hemos visto, podemos decir que el fraile de Segovia está de acuerdo con las tesis de Vitoria, respecto de los temas que nos ocupan. Hubiera sido, sin embargo, muy interesante disponer del texto que anuncia *De Rationi promulgandi Evangelium*, que debió estar casi terminado, pero que se desconoce ya que se encuentra perdido.

3.2 De los títulos legítimos

"La coronación de Carlomagno Emperador del Sacro Romano Imperio, por el Sumo Pontífice, significa para Europa —a la vez— la sanción y la conciencia de su constitución política"⁶³ escribe Rafael Aguayo Spencer. Y continúa: "La idea del Imperio corresponde a una jerarquía. La Edad Media no puede concebir la vida sino como unidad, y la jerarquía es la unidad dentro de la pluralidad. El Imperio, como organización supranacional, aspira a evitar lo caótico para conservar la paz. El Imperio es una jerarquía: una jerarquía política a la cabeza de la cual está el Emperador."⁶⁴

⁶¹ *Idem, supra.*

⁶² *Idem, supra.*

⁶³ En la "Nota Preliminar" a *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria*. Tomo I. op. cit., p. 9.

⁶⁴ *Idem, supra*, p. 11.

Pero este mundo político, esta unidad jerárquica, a principios del siglo XVI, comienza a desmoronarse. El nacimiento de los estados modernos, la ruptura de la unidad religiosa con la Reforma Protestante, unidos a otros factores de orden económico y social, hicieron que se transformara el mundo. Las relaciones políticas y de poder, comenzaron a forjarse de manera distinta.

Vitoria, hombre de su tiempo y fino observador del mundo cambiante, no puede sostener ya las viejas ideas medievales, esto a fuer de ser maestro auténtico, que se pronuncia sobre cuestiones jurídicas y políticas. El profesor de Salamanca se convierte así en el primer gran teórico del Derecho Internacional. Al establecer los que en su concepto eran los títulos legítimos del dominio español en América, pone las bases para los principios jurídicos que deben regir entre las distintas naciones de la tierra.

Truyol y Serra sintetiza así el pensamiento vitoriano:

"Todo pueblo, por derecho natural, está llamado a constituirse en Estado y configurar libremente su derecho histórico. Pero los distintos pueblos organizados en Estados se hallan unidos entre sí por el vínculo de la común naturaleza humana. El linaje de los hombres constituye una unidad, la persona moral del orbe. Ahora bien, el orbe vitoriano no es propiamente un super-Estado como la monarquía de Dante, sino una familia de pueblos según la concepción de Marco Aurelio y San Agustín. De ahí que Vitoria niegue la jurisdicción universal del Emperador... La comunidad internacional resulta, pues, de la sociabilidad natural del hombre, que no se detiene en los límites de su pueblo, sino que se extiende a la universalidad del género humano. Su origen no es contractual, como no lo es el de la comunidad estatal. Su vínculo es el *ius gentium*, que Vitoria concibe en un doble sentido: por un lado como derecho universal de la humanidad, a la manera romana, y por otro, como derecho de los pueblos como tales en sus relaciones recíprocas (*ius inter gentes*)."⁶⁵

Vitoria establece como primer título legítimo e idóneo el "de la sociedad y comunidad natural."⁶⁶ Es el *jus communicationis*, en el cual descansa toda organización social, y por ende, el derecho internacional.

⁶⁵ TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁶ *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria*. Tomo I, op. cit., p. 149.

De este principio Vitoria extrae siete conclusiones:

1ª "Los españoles tienen derecho de recorrer aquellas provincias y de permanecer allí, sin que puedan prohibírselo los bárbaros, pero sin daño alguno de ellos."⁶⁷

2ª "Es lícito a los españoles comerciar con ellos, pero sin perjuicio de su patria, importándoles los productos de que carecen y extrayendo de ahí oro o plata u otras cosas en que ellos abundan; y ni sus príncipes pueden impedir a sus súbditos que comercien con los españoles, ni por el contrario, los príncipes de los españoles pueden prohibirles el comerciar con ellos."⁶⁸

3ª "Si hay cosas entre los bárbaros que son comunes, tanto a los ciudadanos como a los huéspedes, no es lícito a los bárbaros prohibir a los españoles la comunicación y participación de esas cosas."⁶⁹

4ª "Más aún: si a algún español le nacen allí hijos y quisieran éstos ser ciudadanos del lugar, no parece que se les pueda impedir el habitar en la ciudad o el gozar del acomodo y derechos de los restantes ciudadanos."⁷⁰

5ª "Si los bárbaros quisieran negar a los españoles las cosas arriba declaradas de derecho de gentes, como el comercio o las otras que dichas son, los españoles deben, primero con razones y consejos, evitar el escándalo, y mostrar por todos los medios que no vienen a hacerles daño, sino que quieren amigablemente, residir allí y recorrer sus provincias sin daño alguno para ellos; y deben mostrarlo, no sólo con palabras, sino con razones... Mas si dada razón de todo, los bárbaros no quieren consentir, sino que acuden a la violencia, los españoles pueden defenderse y tomar todas las precauciones que para su seguridad necesiten; porque es lícito rechazar la fuerza con la fuerza. Y no sólo esto, sino también si de otro modo no están seguros, construir fortificaciones y artificios; y si padecen injuria, pueden con la autoridad del príncipe vengarla con la guerra, y usar de los demás derechos de la guerra."⁷¹

La sexta y la séptima de las conclusiones se derivan de esta última, en que la guerra, bajo ciertas condiciones, es legítima.

El segundo título legítimo, según Vitoria, es "la propagación de la religión cristiana", de la que concluye que: "Los cristianos tienen de-

⁶⁷ *Idem, supra.*

⁶⁸ *Idem, supra*, p. 154.

⁶⁹ *Idem, supra*, págs. 155 y 156.

⁷⁰ *Idem, supra*, págs. 157 y 158.

⁷¹ *Idem, supra*, págs. 159 y 160.

recho de predicar y de anunciar el Evangelio en las provincias de los bárbaros."⁷² De esto Vitoria concluye que puede aceptarse la guerra o declararla, "hasta que den oportunidad y seguridad para predicar el Evangelio."⁷³

Pero poco más adelante el sabio profesor de Salamanca, hace una advertencia muy oportuna, que demuestra que estaba conciente de que una cosa es la validez de los principios jusfilosóficos proclamados y otra la realidad de su aplicación, o la trampa al ponerse en práctica los mismos:

Todas las cosas que se han dicho hay que entenderlas hablando de lo que de suyo dan de sí. Porque puede ocurrir que estas guerras, matanzas y despojos, más bien impidieran la conversión de los bárbaros que la fomentaran y propagaran. Y, por tanto, lo primero que en todo esto debe precaverse es el no poner obstáculo alguno al Evangelio; porque si se pone, entonces hay que abandonar ese modo de evangelizar y buscar otro. Pero nosotros señalamos lo que de suyo es lícito. Yo no dudo que no haya habido necesidad de acudir a la fuerza y a las armas para poder permanecer allí los españoles; pero temo no haya ido la cosa más allá de lo que el derecho y la licitud permitían.⁷⁴

Derivados de esa guerra lícita para defender a los evangelizados, son los siguientes dos títulos que para Vitoria son legítimos, que vienen a ser el tercero y el cuarto.

El quinto título es la defensa de los inocentes por tiranía de las autoridades de sus pueblos, leyes inhumanas y sacrificios humanos.

El texto título por "*verdadera y voluntaria elección*", si los bárbaros, por ejemplo, comprendieron la humanidad y sabia administración de los españoles, libremente quisieran, tanto los señores como los demás, recibir por príncipe al rey de España. Esto se puede hacer, y sería título legítimo y ley natural."⁷⁵

El séptimo título "*por razón de amistad y alianza*." (221) Pone, como ejemplo, la alianza de los tlaxcaltecas con Cortés, en su guerra contra el imperio azteca.

⁷² *Idem, supra*, p. 165.

⁷³ *Idem, supra*, p. 169.

⁷⁴ *Idem, supra*, p. 171.

⁷⁵ *Idem, supra*, p. 177.

4. EL USO ALTERNATIVO DE LA BULA *Inter cetera* POR BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Hemos visto, hasta ahora, las distintas interpretaciones de la famosa Bula de Alejandro VI, que hicieron, por un lado, la Corona, incorporándola como derecho positivo, y por el otro a diversos autores más o menos cercanos y con influencia en las decisiones políticas de la Corte. Entre los autores, hemos expuesto aquellas posiciones extremas, que van mucho más allá de lo establecido en el texto de la Bula, queriendo justificar con ella la guerra contra los indios, y su sometimiento usufructuando su fuerza de trabajo. Hemos visto también la postura de Vitoria, que prácticamente desdeña el documento papal como título de dominio sobre hombres y tierras de Indias, y sólo le concede un valor estrictamente de disposición pastoral, pues aunque reconoce que la promoción del Evangelio es común y pertenece a todos "*pudo, sin embargo, el Papa encargarse de este asunto a los españoles y prohibírsele a los demás*".⁷⁶

Todos esos modos de abordar el tema de la Bula alejandrina, que hemos esbozado líneas arriba, nos permitirán apreciar mejor el modo como Las Casas ve el tema. Toca ahora, pues, entrar en el análisis de los textos lascasianos, en los cuales el dominico hace uso de la Bula *Inter cetera* como texto legal, como derecho positivo. Ya vimos que la Corona como ley ha tomado la Bula, pues la ha incorporado a su cuerpo legislativo, y no han faltado autores que han considerado a la *Inter cetera* como la primera constitución de América".⁷⁷

Nos ocuparemos de los dos textos de Las Casas, dados ambos a la imprenta de Sebastián Trujillo, en Sevilla. El primero de ellos es conocido como el tratado de las *Treinta proposiciones muy jurídicas*, que fue escrito en 1547, y aparece publicado hasta 1552. El segundo, íntimamente relacionado con el otro, es el *Tratado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los reyes de Castilla y León tienen sobre las Indias*, publicado en 1553; y escrito para dar fundamentos a las *Treinta proposiciones*, pues, según escribe "el obispo que fue de la Ciudad Real de Chiapa" al presentarlo, estaban "desnudos de prueba".⁷⁸

⁷⁶ *Idem, supra*, págs. 166 y 167.

⁷⁷ AGUAYO SPENCER, en el comentario de la nota 4, *ob. cit.*, p. 166.

⁷⁸ LAS CASAS, Bartolomé de, *Tratados*, tomo II, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 919.

El primer Tratado va dirigido al emperador don Carlos y al Consejo de Indias; el segundo al Príncipe Felipe.

4.1 *Vuelta a la concepción política medieval*

A pesar de las cátedras de Vitoria en Salamanca y de sus repeticiones de cátedra o relecciones en la plaza pública salmantina, su hermano de congregación y para entonces ya obispo de Chiapas, Bartolomé de Las Casas, al analizar la legitimidad del dominio de la Corona castellana en Indias, recurre a las tesis políticas medievales para justificarlas. Y no es que el dominico sevillano desconociera lo enseñado por el predicador vasco, pues cada vez que considera oportuno remitirse a sus enseñanzas, cita las tesis vitorianas. Tampoco es creíble que la mentalidad de Las Casas y sus posturas teóricas sean medievales, con una vida de lujo en cuanto a experiencias se refiere, biografía extraordinariamente rica en cuanto a viajes, lecturas, actividades y contactos personales, y ya a mediados del siglo XVI. Sostenemos que hace esa interpretación de la Bula *Inter cetera*, porque es la que más conviene a sus propósitos, que no son otros que el objetivo por el que gasta su vida: la defensa de la vida digna del indio. Por eso hablamos de uso alternativo del Derecho en la actividad teórica y práctica lascasianas.

Vayamos al análisis de los textos de Las Casas y posteriormente volveremos a las consideraciones apenas esbozadas arriba. Será el texto de las *Treinta proposiciones* el que tendremos como base, y lo reforzaremos con partes del *Tratado comprobatorio*.

Comencemos por la Proposición XVII, en la cual Las Casas da pleno valor jurídico y capacidad legitimadora a la donación papal hecha por la Bula *Inter cetera*.

Los reyes de Castilla y León son verdaderos príncipes soberanos e universales señores y emperadores sobre muchos reyes, e a quien pertenesce de derecho todo aquel imperio alto, e universal jurisdicción sobre todas las Indias, por la auctoridad, concesión y donación de la dicha Sancta Sede Apostólica, y así, por auctoridad divina. *Y éste es y no otro el fundamento jurídico y substancial donde está fundado y asentado todo su título.*⁷⁹

⁷⁹ LAS CASAS, Tratado de las *Treinta proposiciones muy jurídicas*, en *Tratados* tomo I, *ob. cit.*, p. 481 (subrayado nuestro).

Su afirmación está fundada en la tesis medieval expuesta en la Proposición XVI:

Pudo pródigo, lícita y justamente el romano Pontífice, vicario de Jesucristo, por auctoridad divina, cuyos son todos los reinos de los cielos e de la tierra, investir a los reyes de Castilla y León del supremo e soberano imperio e señorío de todo aquel orbe universo de las Indias, constituyéndolos emperadores sobre muchos reyes...⁸⁰

Las pruebas argumentales de Las Casas, en las que basa sus *Proposiciones*, están en su *Tratado Comprobatorio*, y constituyen una cantidad inmensa de razonamientos fundados en las Sagradas Escrituras, en escritos de los Padres de la Iglesia y en teólogos y filósofos medievales. Se puede decir que Las Casas acepta la doctrina del *poder temporal indirecto* del Papa, según la cual el Romano Pontífice puede, en virtud de la máxima potestad espiritual que posee, *intervenir en aquello temporal que directamente toca lo espiritual*. Y si esto es así, el Papa pudo, tal como lo hizo, disponer de las Indias Occidentales como tierra de infieles, en favor de emperadores cristianos, con el fin de la Evangelización, instituyéndolos e investiéndolos "de la más alta dignidad que reyes jamás tuvieron sobre la tierra, conviene a saber, de apóstoles architectónicos de las Indias" (227).

En su *Tratado comprobatorio*, Las Casas escribe: "Pues como la Divina Bondad y Majestad haya concedido a Sant Pedro y a sus sucesores tan poderosa y admirable potencia con las llaves de los cielos que le concedió, que lo constituyó por cabeza y cura y pastor e gobernador del mundo universo..., y convenga en muchos casos y aun sea necesario algunas veces y muchas para enderezamiento de las ánimas en las cosas espirituales y al último fin, tocar y tractar de los casos y estados temporales, manifiesto es haber dado y concedido a Sant Pedro y a sus sucesores la Sanctísima Trinidad tales fuerzas y tanto poder, que cada y cuando fuere menester para el dicho fin, tracte y se entremeta, juzgue y disponga de las cosas seculares y estados temporales, porque las obras de Dios han de ser y son siempre perfectas".⁸¹

Ahora bien, el hecho de que Las Casas aceptara que la Bula *Inter cetera*, como título legítimo, invistiera a los reyes de Castilla como

⁸⁰ *Idem, supra*, p. 479.

⁸¹ LAS CASAS, *Tratado comprobatorio*, en *Tratados*, tomo II, *ob. cit.*, pp. 995 y 957.

emperadores de las Indias, no lo llevaba a aceptar que tal dominio implicara un despojo del gobierno y de los bienes de los naturales de América. Lo que lleva al dominico a adoptar la más clásica y pura de las teorías medievales del imperio, según la cual el emperador era el Señor de señores, el más alto en la cúspide piramidal de la organización política imperial, pero no un dueño absoluto ni de la cosa pública, ni de vidas, ni de haciendas. Su Proposición XVII es en ese sentido:

Con este soberano, imperial y universal principado y señorío de los reyes de Castilla en las Indias, se compadece tener los reyes y señores naturales dellas su administración, principado, jurisdicción, derechos y dominios sobre sus súbditos pueblos, o que política o realmente se rijan, como se compadece el señorío universal y supremo de los emperadores que sobre los reyes antiguamente tenían.⁸²

Veamos cómo funda esto en su *Tratado comprobatorio*:

"De lo dicho se sigue a los infieles pertenecelles de derecho natural todos los estados e dignidades e jurisdicciones reales en sus reinos e provincias de derecho y ley natural, como a los cristianos, y cerca de esto ninguna diferencia se puede asignar. La prueba de esto es porque, sin diferencia, infieles o fieles son animales racionales, y por consiguiente competelles y serles cosa natural vivir en compañía de otros, y tener ayuntamientos, reinos, lugares y ciudades y por consiguiente tener gobernadores y reyes y competerles tenellos, y los que lo son pertenecelles de ley e derecho natural... que ss llamen reyes o rectores, caciques o tatoanes o otro cualquier nombre que tengan."⁸³

El obispo de Chiapas dice que, aunque la Bula alejandrina, "parece privar todos los señores de sus estados, jurisdicciones y señoríos", responde:

que nunca Dios quiera que tal cosa se diga del vicario de Cristo; lo uno, porque como el Sumo Pontífice proceda y deba de proceder en todas las cosas como el mismo Dios..., y que para tener ser jurídico y válido el ejercicio de la jurisdicción del Papa, cerca de las cosas temporales, requiérase haber causa verdadera

⁸² LAS CASAS, *Treinta proposiciones*, *ob. cit.*, p. 483.

⁸³ LAS CASAS, *Tratado comprobatorio*, *ob. cit.*, pp. 1067 y 1069.

e cierta, como sea todo el fundamento della, y en este caso no la haya para privar sin culpa los dichos señores naturales, infieles, más de para el bien universal público de aquellas gentes, restringirles o limitarles sus estados e jurisdicción, porque no es más menester para la predicación de la fe e fundación del culto divino y ampliación de la religión cristiana; por ende, no es de creer que tal entendiéndose el Romano Pontífice.⁸⁴

Pues como para la predicación e promulgación del Evangelio . . . baste ser nuestros Católicos Reyes soberanos señores y emperadores sobre todos los reyes y señores de aquel orbe, quedando con sus señoríos y estados, de la manera ya dicha restringidos y limitados, e si hobiesen de quedar por el tal supremo y soberano principado dellos del todo privados y despojados, seguirseles hía gravísimo y no disimulable perjuicio e daño . . .⁸⁵

La segunda razón principal de compadecerse ambos a dos señoríos, el alto universal y soberano y de supremos príncipes que compete a los reyes de Castilla, y el menor e inmediato de los reyes y señores antiguos de los indios, es porque son de diversas especies los tales señoríos, e así no repugnan que dos personas concurren *simul et semel* en el señorío de una sola cosa . . . Por esta misma manera se compadece que los reyes de Castilla y León sean constituidos universales y soberanos señores de todo el orbe de las Indias, por la dicha concesión y donación de la sancta Sede Apostólica, e que cada señor e rey natural lo sea de su reino o provincia, y cada particular de su hacienda y de sus cosas, sin que impida el un señorío al otro. Ejemplo tenemos desto claro, que el rey libre en su reino tiene señorío supremo y universal en una heredad; el duque o el conde, en aquella misma tiene el señorío más bajo y particular; el labrador, si posee civil y naturalmente, tiene el señorío directo y útil; pero si civilmente sólo, y otro natural, aquél tiene el directo. El enfiteota o usufructuario o pudatario solamente tiene el útil, y así son muchos dominios de una sola cosa, pero de diversas especies, por lo cual no se impide uno a otro.⁸⁶

El ejemplo deja clara la visión medieval jerárquica, primordial, del ejercicio del poder y del dominio sobre las cosas.

Las Casas niega que sea válida o legítima la violencia o la guerra, para que sea impuesto el imperio castellano en Indias. *Proposición XIX:*

⁸⁴ *Idem, supra*, p. 1209.

⁸⁵ *Idem, supra*, p. 1217.

⁸⁶ *Idem, supra*, pp. 1221 y 1223.

Todos los reyes y señores naturales, ciudades, comunidades y pueblos de aquellas Indias son obligados a reconocer a los reyes de Castilla por universales y soberanos señores y emperadores de la manera dicha, después de haber recibido de su propia y libre voluntad nuestra sancta fe y el sacro bautismo, y si antes no lo resciban no lo hacen ni quieren hacer, no pueden ser por algún juez o justicia punidos.⁸⁷

4.2 *La Bula Inter cetera, título legítimo, pero con modo o carga (modus)*

El *Tratado comprobatorio* se abre con una Conclusión Primera:

Los reyes de Castilla y León tienen justísimo título al imperio soberano e universal o alto de todo el orbe de las que llamamos Océanas Indias, e son justamente príncipes soberanos y supremos, y universales señores y emperadores sobre los reyes y señores naturales dellas, por virtud de la auctoridad, concesión y donación, *no simple y mera, sino modela, id est, ob inter positam causam*, que la Sancta Sede apostólica interpuso y les hizo. *Y éste es, y no otro, el fundamento jurídico y substancial donde estriba y está colocado todo su título.*⁸⁸

La donación del dominio de las Indias a los reyes de Castilla y León, hecha por el Papa, no es pura y simple, "no simple y mera", sino que tiene inserta una obligación, es decir un *modo* o *carga*, consistente en la evangelización de los indios. Y esta carga obligacional, la considera Las Casas como la causa final de la susodicha donación o concesión, es decir como el fin u objeto de la misma.

Tomando, pues, a la prueba de la consecuencia principal, conviene a saber, *que la dicha donación fuese y sea modal, como causa final* . . . He aquí el fin que Dios pretende potísimo, y su vicario sobre todo desea, conviene a saber, que la fe y religión cristiana sea ensalzada y magnificada, dilatada y ampliada, y la salud de las ánimas procurada . . . De las cuales palabras —se refiere al texto de la Bula— parece asay claro que la exaltación, ampliación, dilatación de la fe católica y cristiana religión y honra y gloria del divino nombre, y la salud de las ánimas, que entre todas las

⁸⁷ LAS CASAS, *Treinta proposiciones*, *ob. cit.*, p. 483.

⁸⁸ LAS CASAS, *Tratado comprobatorio*, *ob. cit.*, p. 925 (lo subrayado en castellano es nuestro).

obras agradables a la divina majestad y más deseadas por el corazón del Sumo Pontífice son las más potísimas y más excelentes, y también que para efectuallas se enderezaba y dedicaba el deseo y conato y diligencia de los Católicos Reyes, fueron de la dicha donación y concesión final causa...⁸⁹

El modo o carga es un gravamen impuesto a actos de liberalidad,⁹⁰ dicho de otra manera constituye una obligación impuesta a aquel que recibe algo sin dar nada a cambio a aquel de quien recibe. Juan Iglesias, comenta así esta institución jurídica: "El modo —*modus*— es una carga impuesta a una persona beneficiada por un acto de liberalidad... El cumplimiento del modo es un deber jurídico subsiguiente a la recepción del beneficio, y a él puede ser constreñido el beneficiario por el que lo otorgó o por sus herederos... En derecho justiniano, el donante *sub modo* se hallaba asistido por la *conditio ob causam datorum*, para pedir la devolución de lo donado y por la *actio praescriptis verbis*, para obligar a cumplir la carga o gravamen."⁹¹ El diccionario Escriche da un concepto del *modo* muy acorde a la idea de Bartolomé de Las Casas, es decir ligado a la causa final del acto de liberalidad: "El fin para que se hace alguna cosa... no es suspensivo como la condición...".⁹²

Insistamos, ahora, en la propia argumentación jurídica que hace Las Casas. Por considerarla esencial para el objeto de nuestro trabajo la transcribiremos. Resulta interesante decir que el texto original del *Tratado comprobatorio* está escrito en lengua castellana, pero la argumentación jurídica que considera más importante la hace en latín "para los letrados iuristas".⁹³ Razona así el obispo de Chiapas:

... se llama causa de poner fin. Ella es el objeto del entendimiento, como el signo es el objeto de la vista y el puerto es el objeto de los navegantes; y todo lo que hacemos lo hacemos por el fin. Así Baldo. En el mismo lugar dice (col. 2): Que es causa final aquella de cuya raíz emana la obligación... Como, pues,

⁸⁹ *Idem, supra*, pp. 1197, y 1199 y 1201 (subrayado nuestro).

⁹⁰ MARGADANT S., Guillermo F. *Derecho Romano*, Ed. Esfinge, México, 1960, p. 361.

⁹¹ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, pp. 167 y 168.

⁹² ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, edición facsimilar de Corderas Editor y distribuidor de la de Madrid de 1873, tomo II, p. 1256.

⁹³ LAS CASAS, *Tratado comprobatorio, ob. cit.*, p. 1199.

en el proemio o en el prefacio, o también en las palabras enunciativas de las dichas letras apostólicas, a la referida donación y concesión se añade expresamente la carga para nuestros Reyes de introducir el nombre de Cristo y dilatar la fe católica en aquellas tierras, y también hacer que las gentes naturales de aquellas tierras, sean movidas a recibir la religión cristiana; como tal cosa debe cumplirse y llevarse a feliz término mediante ellos y por su industria, dedicación, ingenio, diligencia, mandato y ordenación; y como de todo esto, o de su raíz, emana y nace la obligación de nuestros Reyes... se sigue que tales palabras enunciativas o proemiales valen por causa final e introducen la tácita disposición de su efecto, es decir, que imponen la necesidad de su efecto, el cual consiste en que el nombre del Salvador sea introducido en aquel orbe de Indias y que las tales gentes reciban la fe cristiana, esto es, que de necesidad los Reyes nuestros están obligados a producir o realizar estos efectos, prestando, en cuanto pudieren, un auxilio eficaz. Y consecuentemente es claro que por este efecto, o por su realización, el Vicario de Cristo fue movido a conceder y donar el principado supremo de aquellos reinos; de otro modo no lo había concedido o donado, puesto que ni aun por derecho podría hacerlo... Luego la predicha concesión o donación no es simple ni absoluta, sino modal, es decir, gravada con la carga gravísima de cumplir y producir el efecto laboriosísimo y maravilloso de Cristo, a saber, introducir, fundar, ampliar, conservar la fe y la religión cristiana por aquel orbe universo y, después, procurar con todas las fuerzas la conversión de esas innumerables gentes. Luego, al cabo, por interpósita causa final.⁹⁴

Esta manera de entender la concesión papal, lleva a nuestro fraile y hábil jurista, a concluir que el Imperio de Indias se les encomienda en beneficio de los infieles y no de la Corona. No se les ceden las tierras indianas para más "honra e más títulos e riquezas", sino para "conversión y salvación de los infieles... carga e oficio peligrosísimo, del cual han de dar estrechísima cuenta en el fin de sus días ante el juicio divino".⁹⁵

Las Casas sabe darle por su lado a los reyes, como buen político que es. Considera que cualesquier disposición de la Corona que im-

⁹⁴ *Idem, supra*, tomado de la traducción al castellano que aparece al final de la obra, pp. 1359 y 1360.

⁹⁵ LAS CASAS, *Treinta proposiciones, ob. cit.*, de la Proposición VIII, pp. 471 y 473.

plique hacer la guerra a los indios "fueron, son y serán siempre (no habiendo causa nueva) nullas y de ningún valor de derecho",⁹⁶ ya que si alguna vez las hubo fue porque los reyes fueron maliciosamente mal informados, "y si alguna carta o provisión real alguna vez sonó y tocó en causa de guerra, fue por las falsísimas e inicuas informaciones subrepticias que los tiranos, por robar y hacer esclavos y *hacerse ricos de la sangre de los indios*, a los reyes hacían".⁹⁷

En la Proposición XXVII, el misionero considera que la Corona debe conservar las leyes justas y buenas costumbres de los naturales y quitarles las malas "que no eran muchas", y esto puede lograrse no con la violencia, sino "con la predicación y recepción de la fe" debiendo procurar conservarlos en "sus derechos y justicia" y velar también por su "vida corporal" y "su bien temporal"; e insiste: "Porque éste es el fin, o la causa final, porque a los reyes de Castilla y León, no teniendo antes nada en ellas, les fueron por la Iglesia concedidas".⁹⁸

En su Proposición XXVIII, vuelve el acérrimo luchador, una vez más, a lanzarse contra la encomienda. Para cuando escribe estas *Treinta Proposiciones muy jurídicas*, las *Leyes Nuevas* que había suprimido la encomienda debido precisamente, a la tenaz lucha del propio Las Casas y varios de sus compañeros dominicos, ya habían sido en esa parte revocadas. No ceja, sin embargo, el terco fraile en su lucha. Dice que los indios encomendados fueron dados en encomienda a los españoles, "como si se los encomendaran a todos los diablos, o como hatajos de ganados entregados a hambrientos lobos... Por estas encomiendas y repartimiento han padecido y padecen continuos tormentos, robos, injusticias en sus personas y en hijos e mujeres y bienes los indios".⁹⁹

5. DERECHO ANTIGUO vs. DERECHO MODERNO

¿Por qué razón Bartolomé de Las Casas, a mediados ya del siglo XVI, conociendo las tesis de Vitoria, elabora dos tratados dirigidos a la Corona, en los que sostiene que el "fundamento jurídico y sustancial" —"y no otro"— del Imperio Español en Indias, es la donación papal?

⁹⁶ *Idem, supra*, de la Proposición XXVI, p. 489.

⁹⁷ *Idem, supra*, de la Proposición XXV, p. 489 (subrayado nuestro).

⁹⁸ *Idem, supra*, pp. 489 y 491.

⁹⁹ *Idem, supra*, pp. 491 y 493.

¿Por qué en un momento histórico caracterizado por el derrumbe del Sacro Imperio, del nacimiento del Estado moderno, de la expansión del mercantilismo, del apogeo de la Reforma Religiosa que rompe con la unidad de la cristiandad, el luchador dominico recurre a las tesis políticas y jurídicas medievales para justificar el dominio español en América?

¿Por qué el gran humanista que es Las Casas, desdeña las tesis vitorianas —ya de la modernidad—, fundadas en el *jus communicationis* y al *jus commercii*, para argumentar en favor de la organización piramidal, jerárquica y de diversas jurisdicciones, propia de la Edad Media?

Hemos dicho que no porque desconociera las tesis de sus hermanos de congregación, Vitoria y de Soto, influidas a su vez por el reformista florentino —también de la orden de Santo Domingo— Savonarola. También ya manifestamos, que no puede sostenerse que un hombre como Las Casas, metido de lleno y de manera intensa en la historia de su siglo, pudiera tener una mentalidad de añoranza del regreso al viejo estado de cosas.

¿Cuál es la respuesta, pues, a las cuestiones que hemos planteado?

Afirmamos al final del capítulo primero que Las Casas debía ser calificado como un hombre de la modernidad, no medieval. Esto en virtud de que al inquieto dominico, no le bastaba proclamar la ética del Estado, sino convertir esa ética en práctica política; a Las Casas no le basta proclamar el Derecho y enunciar los derechos; le importa hacer efectivos, reales, históricos, verificables, los derechos humanos y especialmente los derechos de los empobrecidos de las Indias, los indios despojados.

Por esa razón Las Casas hace uso alternativo del Derecho, hace uso político del mismo como hombre de la modernidad, que tiene que ver con el poder del Estado. Ese uso que hace del Derecho, lo es de toda la juridicidad de su tiempo, en su inmensa complejidad.

En el momento en que Las Casas es un usuario del Derecho, la juridicidad misma está sufriendo una gran transformación, un cambio importantísimo. El mundo está experimentando una gran mutación material; el hombre, en sí mismo y en sus relaciones con los demás, está concibiéndose de manera distinta. Todo esto origina que el Derecho objetivo o ley se transforme, y aparezca, por primera vez muy fuerte, la idea de los derechos humanos.

El viejo derecho medieval va siendo desplazado, poco a poco, por el nuevo derecho de la modernidad. Las Casas vive esa transformación.

Ahora bien, si Las Casas opta por las tesis jurídicas medievales, no lo es por aferrarse a una época que se está acabando, sino precisamente, y de manera paradójica, por ser un hombre de la modernidad. Me explico. Las Casas tiene como objetivo fundamental la defensa de los derechos de los indios; tiene como un instrumento de su lucha la juridicidad, el Derecho, del cual hace uso para lograr sus propósitos; y él considera que son precisamente las tesis medievales las que mejor servirán para la defensa de los indios. Aquí radica el uso alternativo del Derecho, como búsqueda y encuentro de la normatividad jurídica aplicable que más favorezca a los derechos de los pobres, en este caso de los indios.

Las tesis jurídicas de Vitoria son perfectas, teóricamente hablando. Constituyen un desarrollo de los principios más puros del jusnaturalismo clásico de raíz cristiana. Como postulados jurídicos, que sirven de fundamento a las relaciones justas entre los hombres y los pueblos, son inobjetables. ¿Por qué Las Casas, entonces, no se hace abanderado de los mismos? Porque si bien el obispo de Chiapas acepta como principio jurídico fundamental que todos los hombres nacen libres e iguales, se da cuenta por su larga experiencia indiana, que en la realidad, en la historia concreta, el encuentro entre conquistador y conquistado, por el trato humano (*jus communicationis*) y el trato comercial (*jus commercii*), ha sido extraordinariamente desigual. Esto es, que lo que se postula como *relaciones entre iguales formalmente*, resulta ser históricamente, *relaciones entre desiguales materialmente*.

Las Casas puede aceptar, entonces, los principios jurídicos postulados por Vitoria. Es más, no hay duda que los acepta. Pero ha visto que en Indias son inaplicables, porque los que son iguales en cuanto a seres humanos (españoles e indios), son profundamente desiguales en cuanto a poder militar, cultura, cosmovisión del mundo, recursos materiales, etc., etc. Esto, por supuesto, no puede saberse plenamente desde las aulas y bibliotecas de la Universidad, por más información documental y testimonial que se tenga; se requiere de la experiencia indiana y en Indias, valga la redundancia. Vitoria sólo tuvo información de segunda mano; Las Casas fue testigo y actor de las cuestiones de Indias y desde Indias.

Lassègue dice de la obra de Vitoria: "Para que la pauta de la acción se cumpla, la ley tiene que considerar lo conveniente y lo posible; toda la obra teológica de Vitoria está marcada por esa 'experiencia' del derecho indiano. Y, por fin, las relaciones de poder entre naciones, entre 'gentes', deben establecerse en base a igualdad y más funda-

mentalmente, en base a que el hombre es ser social por ser necesitado de intercambio de bienes, y por tener derecho a intercambio entre los hombres y naciones. Ruptura con el comercio de tipo feudal, apertura a un nuevo mundo de intercomunicaciones, nueva exaltación estoica de la igualdad teórica entre los hombres en base al derecho igualmente repartido a intercambio de bienes; la experiencia del nuevo mundo de Indias está presente con Vitoria en una nueva figura del viejo mundo que se irá fraguando en la segunda mitad del siglo XVI. Integración de las Indias que no respeta la diferencia de las mismas... A decir verdad, a pesar de la fuerza del pensamiento vitoriano, esa universalización de las Indias se dará con desmedro de las mismas Indias y para beneficio de las relaciones entre estados, que así tendrán a mano el derecho igualitario para con ellos mismos, para explotar a las Indias...".¹⁰⁰ Estas tesis jurídicas se volverán ciencia económica en otro dominico, Tomás de Mercado —él sí formado en la Nueva España—, que teoriza sobre el mercantilismo en su obra *Suma de Tratos y Contratos* (Salamanca 1569), en la que sujeta la economía a la justicia conmutativa.¹⁰¹

Pues bien, ese no querer ver o no respetar la diferencia entre España e Indias; ese no querer reconocer que un derecho igualitario, sólo puede darse y regir justamente entre iguales; esa explotación al débil, que surge cuando intercambian dos que son iguales formalmente, pero materialmente distintos, desiguales. Todo eso, pues, si lo vio y lo reconoció Las Casas, en el trato humano y comercial entre conquistador y conquistado. Por esa razón no puede convertirse en defensor de las tesis vitorianas. Por eso no consideró viable históricamente defender a los indios con los postulados jurídicos de la modernidad. Tuvo que recurrir, entonces, a una serie de principios jurídicos y tesis políticas que consideró que le servirían, de ser aceptados, para la mejor defensa de los indios.

Esas son las razones que tuvo Las Casas para sostener que el único título legítimo de España sobre Indias era la donación papal. Por ella se les daba el Imperio de Indias a los reyes de Castilla y León, con el modo o carga de evangelizar a los naturales de América, y esto de manera pacífica y plena libertad de ellos, y conservándoles

¹⁰⁰ LASSÈGUE, J. B., *ob. cit.*, pp. 232 y 233.

¹⁰¹ *Cfr.* IÑIGUEZ, Jorge, "Tomás de Mercado, O. P. y la Filosofía de la Economía", en *Justicia y Paz, Revista de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vitoria, O. P., año II, núm. 2, México, febrero de 1987, pp. 64 a 72.

sus gobiernos, sus costumbres y derecho, así como sus bienes. La cristianización de los naturales y su cuidado y buen trato serían el único motivo también de la presencia de España en América; y los reyes, patrocinadores de esta empresa, tendrían "en remuneración del tal oficio y cuidado . . . corona imperial y soberano señorío"¹⁰² en Indias.

Las Casas, en esta etapa de su vida, al escribir estos tratados que hemos comentado, insiste en hacerle ver a la Corona que, a fuer de católica, de cristiana, su presencia en Indias debe limitarse a aquello que es estrictamente necesario para la propagación del Evangelio, en cuanto que como emperadores de estas tierras son nada más, pero nada menos, "apóstoles architectónicos de las Indias".¹⁰³

Este uso de la Bula en ese sentido, sin embargo, no sólo está presente en estos tratados; es muy anterior y prácticamente no la abandonará en el resto de su vida. Como ejemplo dos textos:

De la Carta al Consejo de Indias, del 20 de enero de 1531:

"E creo que no pensáis, señores, sino que podéis usar destas tierras a sabor de voluntad. ¿Y esto es vuestro proveer cómo la fe cristiana se predique, e la Iglesia se engrandezca, e los files conozcan a Dios y las almas se salven —Cómo no habeis entendido el precepto del Papa, arriba dicho, e la condición con que concedió a los Reyes de Castilla estos mundos de quien antes no eran señores?¹⁰⁴

Y del Memorial-Sumario a Felipe II (1556):

Lo segundo, porque debe Vuestra Majestad (como cristianísimo) de reducir a su real memoria que las Indias no eran de los reyes de Castilla, ni debían cosa alguna a los reyes de Castilla, y que sólo con voluntad de Dios, y por concesión de su Vicario . . . se sometieron aquellos reinos y aquellas infinitas gentes, de que estaban llenas, a los reyes de Castilla, para que los convirtiesen y ganasen con la predicación de la fe a Jesucristo, y para que los conservasen en sus estados y en sus haciendas, administrándoles (como universal y soberano rey dellos), justicia.¹⁰⁵

Las Casas, pues, hace uso alternativo del Derecho, concretamente del texto, homologado como ley, de la Bula *Inter cetera*. Utiliza así

¹⁰² LAS CASAS, *Treinta proposiciones*, ob. cit., p. 477 (de la Proposición XIV).

¹⁰³ *Idem, supra*, p. 479 (de la Proposición XV).

¹⁰⁴ Citado por LASSÈQUE, ob. cit., p. 186.

¹⁰⁵ *Idem, supra*, p. 352.

las tesis jurídico-políticas medievales, colocando a la Bula en el terreno mismo en que puede ser aceptada como un título jurídico válido. Así defiende el Señorío de la Corona castellana en Indias, pero lo revierte a favor de los indios; esto porque la razón de ser del imperio es, única y exclusivamente, esencial y substancialmente, en beneficio de los naturales de América, en cuanto sujetos de evangelización y buen cuidado. Esto no lo podría hacer Las Casas, colocado desde la perspectiva de la modernidad, lugar desde donde Vitoria postula sus tesis.

Las Casas propone, al hacer uso alternativo del Derecho, tesis jurídicas superadas. Pero es radicalmente evangélico. Aparentemente utiliza instrumentos jurídicos obsoletos, pero sus objetivos son tan nuevos, y al mismo tiempo tan viejos, como lo es la opción de Dios por los pobres.

Vitoria tiene razón, sin duda, al reafirmar que todos los hombres son iguales. Pero ahí se queda. Las Casas descubre al pobre, al empobrecido de Indias. El postulado de la dignidad del hombre, que por cierto Vitoria tan bellamente define al considerarlo como poseedor de derechos en cuanto que *puede padecer injuria*,¹⁰⁶ es radicalizado por Las Casas con la concepción profética del Derecho, que implica, precisamente, la defensa del injuriado, del humillado, del oprimido, del empobrecido.

¹⁰⁶ *Las Relaciones Jurídicas de Vitoria*, tomo I, ob. cit., p. 69. En realidad el concepto se extrae a contrario sensu, pues sostiene que las criaturas irracionales no tienen derechos, "porque no pueden padecer injuria".

LOS FUNDAMENTOS DE UNA SOCIEDAD INJUSTA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO
A MI PADRE

ADVERTENCIA

La presente comunicación y la de Pilar Noriega García, que se reproduce más adelante,* fueron leídas durante la celebración del XI Coloquio de Antropología e Historia Regionales, organizado por El Colegio de Michoacán y celebrado el mes de octubre en la ciudad de Zamora bajo la dirección del doctor Jesús Tapia. La razón por la que las publicamos en nuestra Revista, a reserva de su publicación en la Memoria correspondiente, obedece, en primer término, a la necesidad de satisfacer el deseo de muchos interesados no asistentes al Congreso de conocer dichas comunicaciones, toda vez que desde el momento mismo de su lectura fueron muy bien recibidas por un público no especialista en los problemas que en ellas se planteaban, y comentadas y difundidas en forma amplia por la prensa local y nacional. En segundo lugar, con su inclusión en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* se pretende ponerlas al alcance del público a quien, tal vez, debieron llegar en primer término: el de los juristas, los jueces, los profesores de Derecho, los abogados; en fin, el de los que de una u otra manera tienen que ver con los graves problemas de justicia en nuestro país. Desde luego, ambas no plantean la totalidad de los problemas relacionados con la vigencia y el respeto al Derecho en México, ni proponen soluciones, ni provisionales ni definitivas, sino más bien, y desde la perspectiva que la reflexión acerca del Derecho y la sociedad mexicanos brindan la vida académica y el contacto con una realidad cruda y en ocasiones brutal, presentan en forma muy general una serie de inquietudes, hechos, evidencias, situaciones, sentimientos, que aparecen cada vez más en México, a la vez que manifiestan una profunda inconformidad con el quehacer de una profesión cada vez menos comprometida con la

* Ver página 313.

justicia *real* en nuestro país. Nuestro mayor deseo sería que con su lectura se abriera un debate y un sincero cuestionamiento sobre los puntos analizados en los dos trabajos. Un debate que implicara, en el mejor de los casos, no sólo a los juristas y a los jueces sino a las víctimas de los mismos, o, en el peor, cuando menos a los primeros. Un cuestionamiento, lo más sincero posible por parte de los abogados mexicanos sobre puntos tan controvertidos como los siguientes: ¿es México realmente un Estado de Derecho?; ¿es un país justo?; ¿en qué forma han colaborado los jueces, los abogados y los gobernantes a un estado de cosas en múltiples ocasiones descaradamente injusto? ¿El problema de la justicia en México debe ser encarado principal y únicamente por los juristas mexicanos?, ¿en qué formas? ¿Obedece este problema a raíces históricas?, ¿a cuáles?, ¿acaso a la adopción de sistemas o concepciones meramente formales acerca del Derecho? ¿Están conscientes los juristas nacionales de ese grave problema?, y si lo están ¿cómo lo están encarando, o por qué no lo hacen? ¿Qué responsabilidad tienen las escuelas y los maestros de Derecho en la perpetuación de un sistema de enseñanza desligado completamente de la realidad e inclinado al mero estudio formal de las instituciones jurídicas? ¿Cómo podríamos acercar la realidad del Derecho a su enseñanza sin olvidar los grandes valores que persigue la ciencia jurídica? ¿Cómo recuperar una visión humanista de nuestra profesión y cómo encarar con valor una crítica a un sistema que puede convertirse en una cadena de injusticias formalmente legitimadas desde el poder? ¿Cómo, en fin, hacer desde el Derecho que los mexicanos crean en el Derecho? Muchas otras preguntas se podrían hacer. Ojalá y todos los que de alguna u otra manera nos relacionamos con estos problemas nos preocupemos, con intensa actividad y renovada vocación, por darles respuesta.

En estos 300 años de civilización occidental, los deberes han sido arrasados y los derechos han aumentado. Sin embargo, tenemos dos pulmones. No es posible respirar con un pulmón y no hacerlo con el otro. Debemos valernos de derechos y obligaciones por igual. Y, si la ley no lo establece, si la ley no nos obliga a cumplirlo, entonces debemos controlarnos solos.

A. SOLYENITZIN

Por un lado, detenciones arbitrarias y por plazos que exceden las 72 horas, torturas físicas y morales, compadrazgos y alianzas políticas

para encubrir negocios ilícitos; corrupción y canonjías; frenesí legislativo y reglamentario; por otro, evasión fiscal y cárceles privadas bancarias y comerciales; "mordidas" y préstamos de nombres, e imposibilidad material de conocer la enorme variedad de especies normativas que surgen cada día. Por una parte, acuerdos y circulares sólo para el conocimiento de los miembros de la pirámide burocrática; justicia parcial, onerosa y dilatada y la negación cotidiana de la igualdad ante la ley. Por la otra, ignorancia generalizada, amigables composiciones o el arreglo privado; y la manifestación de un conformismo total: ¡ni modo, qué le vamos a hacer, si así son las cosas! De un lado prebendas carcelarias, fiscales y comerciales y el desconocimiento cínico de triunfos políticos legítimos. Por contraposición, la comodidad satisfecha y la apatía como forma de expresión de un fatalismo generalizado...

Y sin embargo, por ambos lados, la ley parece cumplirse, las formas se salvan, los plazos se cumplen; se juega a hacer justicia y a que se nos hace, a que no hay monjes ni frailes ni ministros de culto extranjeros, ni ventas de licencias, permisos y concesiones. Los requisitos legales se cubren y los ritos electorales se renuevan periódicamente; el Derecho queda reducido a una simple forma y su cumplimiento ¡faltaba más! a una mera formalidad; los trámites se cubren y las estadísticas que los cuantifican dan materia más que suficiente para llenar los gruesos informes que puntualmente se exigen o se rinden por las autoridades. La justicia es para todos y la ley ampara a todos por igual. No hay tortura ni prestanombres, ni justicia venal ni parcial. México formalmente es un Estado de Derecho.

La realidad es otra, bien lo sabemos. Cuán lejos estamos de que en nuestro país se cumpla cabalmente con el Derecho creado por ese Estado. Lo notable es que a nadie pareciera preocuparle mayormente su incumplimiento; tal vez porque en el fondo de nuestra conciencia colectiva no hemos comprendido del todo los beneficios de una modernidad jurídica, en exceso racionalizada, que nos ofrece y nos ha impuesto el propio Estado mexicano en forma de ley. Por el contrario, al margen de la voluntad estatal, hemos inventado y cumplimos con formas más eficaces para solucionar los conflictos que produce nuestra convivencia, aunque sin afrentar directamente las formas que aquélla reviste. En México, tradicionalmente, ni a los gobernantes ni a los gobernados les ha importado mucho cumplir al pie de la letra con las leyes vigentes que cada vez en mayor número pueblan diarios y gacetas oficiales, locales y federales. En cambio, parecen mostrarse

relativamente satisfechos o conformes con que se finja aplicar y se finja cumplir con tales especies normativas.

La crítica ha existido siempre; lo nuevo es que cada vez con más insistencia es proclamada, admitida y, al fin reconocida por el gremio de los abogados: en México la ley no se acata debidamente por las autoridades, ni, desde luego, por el pueblo.

Desde el ejercicio de la práctica procesal el litigante se queja de que el debido conocimiento y correcto manejo de las instituciones adjetivas hoy por hoy parecen tener menor peso para la resolución de las cuestiones planteadas a una clase judicial que día a día parece más imposibilitada, por su falta de preparación, no sólo de conocer el Derecho aplicable sino de responder éticamente a la alta función social que desempeña, a la vez que carece de los elementos indispensables para analizar las circunstancias reales, concretas y específicas de cada caso controvertido en lo particular. Es como si el peso de la ley —de su letra y de su número— aplastase su inteligencia y su capacidad para decidir con la tranquilidad y sabiduría necesarias.

En los despachos corporativos —últimos eslabones de una larguísima y compleja cadena de intereses comerciales transnacionales— sus miembros, que bajo el yugo de esa nueva forma de esclavitud que es el "time report" apenas y se dan abasto para resolver consultas, elaborar contratos de transferencia de tecnología, disminuir o aumentar capitales sociales, constituir sociedades fantasmas, servir a la intermediación de nombres para evadir las prohibiciones constitucionales sobre la adquisición de propiedades por parte de extranjeros en las zonas prohibidas, y cotizar sus horas de trabajo en dólares, también constatan que de unos años acá ha habido un deterioro noble tanto en el cuidado que el legislador debiera tener en los fundamentos constitucionales de las normas legales que expide, como por el respeto a las mínimas garantías de seguridad y legalidad que las autoridades están obligadas a guardar en la aplicación de aquellas normas. Aún más, los mismos juristas que colaboran con la administración pública y con las instituciones gubernamentales, en lo particular reconocen cómo la razón de Estado, cuando no la nueva *ratio*: la Económica, empiezan a imponerse en la actividad legislativa y reglamentaria por encima de la razón jurídica, quejándose amargamente del marcado desplazamiento —cuando no del desprecio— de que son objeto por parte de economistas, politólogos, sociólogos, administradores y contadores a la hora de determinar los contenidos de la legislación y de los modos para lograr su efectividad. A los juristas

al servicio de la administración pública, cada vez más se acude sólo para que "legitimen" con una determinada disposición legal, una eficaz solución económica previa, o una decisión política valorada como conveniente, aunque ambas sean francamente inconstitucionales, ilegales o marcadamente injustas. En todos, o en casi todos los profesionales del Derecho comienza a levantarse una queja: el marco jurídico del Estado está siendo rebasado por intereses, objetivos y mecanismos que ponen en seria duda al Estado mexicano como Estado de Derecho.

El clamor de los deprimidos abogados mexicanos parece responder a un problema real: la ley va pasando a convertirse exclusivamente en un "marco jurídico para el cambio", y va dejando de ser el mínimo normativo indispensable para delimitar —y limitar— el poder político del Estado y, en consecuencia, la acción de los gobernantes en beneficio de la libertad y acción de los gobernados, sea individual o colectivamente considerados; propiciando, de este modo, una sociedad más injusta e insegura. En otras palabras, la legislación deja de ser concebida como el principal y esencial valladar a la acción del Estado y como la materialización de un acuerdo político en el cual el gobernante gobierna en beneficio del gobernado; que califica y define sin tapujos hasta dónde puede llegar dicha acción en relación al plano donde se manifiestan las libertades de los individuos que exigen un mínimo de seguridad, de certeza y de objetividad para poder ejercitarse. Por el contrario, la otra función que tradicionalmente se le ha otorgado a la legislación, es decir como la promotora idónea de los cambios sociales, de las transformaciones en beneficio de las sociedades, para supuestamente erradicar de ésta los males provocados por la desigualdad y la injusticia, se ha sobrevalorado en detrimento de la primera. A la acción eficaz, entonces, se rinde la seguridad; al logro del objetivo propuesto se sacrifica la certeza; frente al programa se inmola la justicia, y ante el desarrollo económico se posterga un país justo.

Esta transformación habida en el seno no sólo del Estado Mexicano y que afecta al concepto mismo de Estado de Derecho o al de Estado Social de Derecho en beneficio de lo que Chatelet ha denominado el Estado Científico (hoy por hoy el modelo al cual se inclinan buena parte de los estados occidentales y uno que otro no occidental), implica, necesariamente, la conducción del país por parte de una élite científica, conocedora, sabia en los procesos de administración, de conducción de masas, de planteamientos de programas

y de planes de desarrollo, debidamente apoyada por una burocracia leal y que, de preferencia, comparta, aun sea mínimamente, los conocimientos y las metas de la élite. Es decir, la élite "neoilustrada" requiere de una verdadera tecnoburocracia eficiente y urgida de instrumentos que faciliten el cumplimiento de dichos programas, pero, obviamente, nada interesada en que se le pongan trabas, por más "constitucionales", racionales, legales, justas o morales que sean. En este sentido el Derecho —ya de por sí reducido desde el siglo XIX a la ley— queda reducido, ahora sí, a un mero instrumento en beneficio de los propósitos de esa élite, desinhibida ya de los prejuicios y de la sacralidad que frente a la ley caracterizaron a la élite política nacional del pasado siglo. Buena conocedora de lo fácil que puede ser manipular los mecanismos formales para la creación, la reforma o la derogación de las leyes, le resulta fácil legitimar cualquier contenido normativo con sólo instrumentar esos mecanismos formales.

Resulta de todo esto que cada vez con más frecuencia el legislador —léase el Ejecutivo federal en cuyas manos descansa un porcentaje mayoritario de las iniciativas de ley— tome en cuenta consideraciones de tipo estadístico y no jurídico para decidirse a formular un proyecto de ley. Los ejemplos proliferan sobre todo en el ámbito del Derecho fiscal: ante una ley o reforma legislativa marcadamente inconstitucional la *ratio económica* atiende al posible número de juicios de amparo que eventualmente podrían interponerse contra dicha reforma o ley, y estudia quiénes y cuántos realmente podrán pagar a un abogado, presentar las cauciones necesarias, etc., contrastando su análisis con los beneficios o la derrama económica que dejaría la vigencia de la ley inconstitucional, acatada por aquéllos que sin posibilidades materiales de defensa y concedores de la "justicia" tradicional que se hace en este país mejor se pliegan a los deseos de la norma, por cansancio, por desaliento, o por salvar un ahorro económico. Y esto sucede aun en el caso de que se tenga la confianza en un poder judicial imparcial, honesto, eficaz y verdaderamente independiente. El resultado "matemático" de la investigación determina, entonces, en el legislador la voluntad de expedir la norma en cuestión. Después de todo, los beneficios fiscales que se obtengan la justifican.

Esto que ocurre en el ámbito de la legislación secundaria, sea fiscal, aduanera, mercantil, o cualquier otra va afectando al concepto mismo de Constitución. Todavía hace algunos años estudiábamos en

las Escuelas de Derecho que la estructura de la Constitución mexicana "se sustenta en dos principios capitales: 1o. la libertad del individuo es ilimitada por regla general, en tanto que la libertad del Estado para restringirla es limitada en principio; 2o. como complemento indispensable del postulado anterior, es preciso que el poder del Estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencias" (Tena Ramírez), y que "no basta con limitar en el exterior el poder del Estado mediante la garantía de los derechos fundamentales del individuo, sino que es preciso circunscribirlo en el interior por medio de un sistema de competencias" (Idem). Tal, aprendimos, era la función y el porqué de la Constitución. De entonces para acá —y no han pasado sino quince años—, la historia constitucional del país demuestra que los clásicos textos van envejeciendo y que nuestras ideas sobre la Constitución ya nada nos sirven para explicar lo que está ocurriendo. Aun cuando en los diccionarios especializados todavía se siga entendiendo por Constitución "la ley fundamental y suprema del Estado, que atañe tanto a las atribuciones y límites a la autoridad como a los derechos del hombre y pueblo de un Estado", en el constitucionalismo mexicano va predominando el ya no tan nuevo concepto del teórico nazi Carl Schmitt, para quien la Constitución no es otra cosa que "la situación actual de la unidad y ordenación política".

La exacta dimensión y trascendencia práctica de este concepto sólo puede explicarse si utilizamos un ejemplo: supongamos —nada de lo dicho aquí tiene relación con acontecimientos ocurridos— que por la toma de una decisión política (nuevamente nos estamos refiriendo a Schmitt) considerada fundamental se viese la necesidad de violentar el texto constitucional; ante una posibilidad así, la elemental lógica jurídica supondría modificar dicho texto, con todas las dificultades y polémicas que esto supondría es verdad, pero, al fin y al cabo, en este país muy fácil y posible (cuando menos hasta antes del 6 de julio). Sin embargo, otra vía podría intentarse: primero llevar a cabo la decisión que implica la violación constitucional y luego ¡sorprendentemente!, para evitar los posibles amparos, las críticas y objeciones de todo tipo... simple y cínicamente modificar el texto constitucional en el sentido de la decisión tomada. La mínima garantía de seguridad jurídica bien proclamada en los artículos 14 y 16 constitucionales (analizados exhaustivamente por Emilio Rabasa y otros clásicos publicistas nacionales) quedarían totalmente rebasados. Los amparos contra la

norma inconstitucional simplemente quedarían sin material al promulgarse la reforma a la Constitución.

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motiva la causa legal del procedimiento", rezan los artículos 14 y 16 de la Constitución federal. Palabras todas que quedarían en letra muerta en el caso de nuestro ejemplo.

Pero la cuestión se agrava más aún si consideramos que estas prácticas en torno a la legislación secundaria y a la misma Constitución política corren paralelas, paradójicamente, con un incremento en el número de los "derechos individuales", "los derechos sociales" o, como los llama nuestra Constitución, "las garantías individuales", establecidas en el mismo documento. Parecería que, por el contrario a lo que hemos asentado, se amplía el Estado de Derecho y que éste se obliga cada vez más al cumplimiento de un número mayor de obligaciones correlativas al establecimiento de nuevos derechos: a la salud, a la información, al trabajo, etc.

En consecuencia resulta que, por un lado, lejos de disminuirse, el Estado de Derecho se dilata en beneficio de los súbditos; por el otro, la realización de la modernidad política supone un sacrificio de los principios de legalidad y de seguridad jurídica que incluso llega a la manipulación programada (caprichosa diríamos) del texto constitucional y afectar hondamente la legislación secundaria por dejarla sin el necesario sustento constitucional. Concebida la Constitución como un verdadero programa para legitimar acciones sexenales futuras y reducida la segunda a un mero "Marco para el cambio" el Estado de Derecho parece indicar más que una instancia en favor de los gobernados, una forma sofisticada y compleja para legitimar la acción expansionista del Estado y los planes reformistas surgidos del cerebro de su tecnoburocracia.

Y es que aun el reconocimiento de nuevas "garantías individuales y sociales" se considera obra, sin duda graciosa, del Estado; al me-

nos así puede suponerse de una visión panorámica de nuestra historia constitucional en lo que corre del siglo. El férreo positivismo legislativo que se enseñorea en nuestra Constitución vigente y en toda nuestra legislación secundaria se confiesa desde su primer artículo, llegando a dominar toda la creación del Derecho y, lo que es peor, la determinación de lo que es justo. Ante la justicia material la justicia formal impera, e independientemente de los valores esenciales del hombre el legislador otorga, sin garantizarlos eficazmente, nuevos derechos, sin preocuparse por hacer efectivos y salvaguardar los anteriormente otorgados. ¡Qué lejos queda, en este sentido, el texto del artículo 1o. de la Constitución de 1857: en el que *el pueblo mexicano reconocía* que los derechos del hombre eran la base y el objeto de las instituciones sociales y, en consecuencia, declaraba que todas las leyes y todas las autoridades del país, debían respetar y sostener las garantías que otorgaba la Constitución.

Ante esta situación cabe preguntarnos ¿qué es lo que exactamente quieren decir los gobernantes cuando afirman que gobernarán con apego irrestricto a la ley, o que gobernarán con la ley en la mano, o frases similares? ¿Qué papel juega para ellos la ley, o, lo que es lo mismo, qué concepto o sentido dan a esta palabra? ¿Estarán afirmando que la ley *previamente* promulgada será el límite racional impuesto que los limitará en el ejercicio de su mandato o, por el contrario, que no aceptada esta limitación, primero reformarán la ley en el sentido deseado para legitimarse así en el ejercicio de una mayor cuota de poder que requieren para gobernar? Como es obvio, no son iguales las consecuencias derivadas de uno u otro sentido, aunque la frase sea igualmente seductora.

Si de un plano nacional pasamos a uno particular, es decir, regional o municipal la crisis del conocimiento, la aplicación y la obediencia al Derecho mexicano se muestra más intensa. Basta que hablen con toda sinceridad los abogados de provincia, los jueces locales, los notarios de la localidad y las autoridades municipales y que hable también el ciudadano estatal. ¿Quién de ellos puede preciarse de conocer debidamente la legislación local?, ¿en dónde se encuentran las publicaciones, ya no digamos de los reglamentos municipales o estatales y demás legislación secundaria sino de los propios Códigos estatales, penales, procedimentales, civiles y aun de la propia Constitución local?: algunos, que no todos, en las ediciones poblanas de Cajica, y en las recientemente editadas por la casa Porrúa, de Argentina y Justo Sierra en México, D. F. ¿Dónde y en qué textos se es-

tudia el derecho constitucional, civil, penal, procedimental, etc. local? ¿Sabemos qué entidades cuentan con sus propias compilaciones legislativas? Aun los casos de Guerrero, Sinaloa, México, Hidalgo y algún otro que sí cuenta con ellas no hacen sino extrañar y destacar las magníficas compilaciones del Porfiriato, de las cuales, para el caso de Michoacán, la de Amador Corominas resulta ejemplar. ¿Qué juez o autoridad rentística o municipal podrá asegurar que está aplicando la norma vigente, en el caso de que la conozca, o de que cuenta con todas sus reformas y adiciones? ¿A quiénes y en qué cantidad llegan los periódicos o gacetas oficiales de los Estados? No hace mucho una investigación realizada en torno al Derecho público estatal nos llevó a constatar una cruda realidad: prácticamente ningún Estado —y entiéndase los archivos de los poderes legislativos locales— cuenta con una colección completa y ordenada de dichos periódicos. ¿Cómo, entonces, conocer, entender, enseñar y resolver las especificidades de nuestras regiones si no hay textos para enseñarlas y ni siquiera sus mismas leyes son fáciles de conseguir? ¿Cómo, en consecuencia se aplica ese Derecho local? Tanto el imperio de la doctrina emanada de los profesores y de las empresas editoriales del centro como el de la legislación marco o tipo que frecuentemente se redacta en la propia Secretaría de Gobernación incluso para los propios estados sirven para imponer un mismo contenido e interpretación en las leyes locales, con el afán de uniformar y de servir mejor, en el caso de las leyes, a la realización de las grandes decisiones tomadas por el poder central, en detrimento de las diferencias socio-políticas y culturales de nuestros muchos Méxicos y en franca violación de la autonomía estatal y del sistema federal. Ante situaciones así se dificulta o imposibilita la reflexión sobre los problemas de justicia locales y la capacidad —al menos formal— de resolverlos jurídicamente. Hace poco tiempo supimos —y el caso es bastante común— de un notario en Tapachula que venía aplicando leyes fiscales derogadas hacía años ante la imposibilidad material de contar con las vigentes y ante la obligación de sujetar su actividad profesional al imperio de la ley. Lo mismo puede decirse de jueces, administradores de rentas, autoridades municipales y estatales y hasta de muchísimos profesores de Derecho en las muchas y muy malas escuelas de Derecho del país. Y frente a esta problemática el imperio, la supremacía monopólica y el mandato de la ley nos meten en un callejón al parecer sin salida: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla”. (Art. 6o. del Código Civil para el Distrito

Federal) “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario” (Art. 10, *op. cit.*) “El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia” (Art. 18, *op. cit.*) “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento” (Art. 21 *op. cit.*) proclaman todos los códigos estatales.

Es cierto que otras disposiciones prevén posibles salidas a la tiranía de la ley, como las siguientes: “las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho” (Art. 19, *op. cit.*) o la que señala que los jueces, “teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan” (Art. 21); pero, advierte este artículo, “siempre que no se trata de leyes que afecten directamente el interés público”. Empero, aun estas salidas no parecen ser muy frecuentadas ni por jueces ni por autoridades, bien porque no saben muchas veces interpretar, o porque desconocen lo que son los mentados “principios generales del derecho”; ni tampoco por el resto de los ciudadanos, a los que no alcanzan las hipótesis contempladas por el artículo, o, en última instancia, porque cada vez con más frecuencia las leyes que se expiden en grandes cantidades se consideran todas que “afectan directamente el interés público”.

También en materia penal, donde los principios son, naturalmente, diferentes, se presentan problemas. Aquí precisamente por lo contrario: las autoridades policíacas y judiciales no se ajustan a las normas de derecho estricto que imperan en esta materia. “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayor razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (Art. 14 Constitucional). “No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de personas dignas de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado...” (Art. 16 Constitucional) “En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será

escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia levantándose al concluir la un acta circunstanciada...". (Idem). "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un acto de formal prisión..." (Art. 19 Constitucional). "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél" (Art. 21 Constitucional) y, finalmente, como una muestra más, el artículo 22 de la Constitución: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

Se nos argumentará que siempre ha sido así, que los problemas aquí señalados nos vienen afectando durante décadas; en fin, que nada hay nuevo bajo el sol o que, en frase por demás trillada, la "culpa no es de la ley sino de quien la aplica". La cuestión es que, tal vez, si haya algo nuevo bajo el sol y que la culpa, o parte de ella, esté precisamente en la ley, es decir, en el propio sistema jurídico adoptado por México desde el siglo pasado.

En efecto, de lo que se trata de determinar no son los problemas detectados por los abogados últimamente, quienes parecen *ahora* desgarrarse hipócritamente las vestiduras frente a tradicionales problemas sin mayores razones, sino qué es lo nuevo en esos viejos problemas. Violaciones y desconocimiento de la ley ha habido, hay y habrá por siempre, es obvio; lo que nos preocupa *ahora* es que al afectarse el orden constitucional tal y como lo hemos planteado y, en consecuencia, el orden legislativo secundario, se afecte el estado mismo de Derecho que pareció ser el modelo a seguir por el Estado mexicano del siglo XIX a nuestros días. Es decir, que de la promulgación de normas jurídicas secundarias injustas se pase a sancionar un orden constitucional inseguro, poco preciso y, por ende, injusto. En México, la evolución sufrida en el constitucionalismo de dos sexenios acá y la débil garantía que el Estado presta a los derechos humanos —aún cuando por otro lado incrementa su número— nos permiten sospechar que eso es, precisamente, lo nuevo que empieza a caracterizar la actividad legislativa del Estado mexicano y lo que causa tanto escozor en los juristas nacionales.

En segundo lugar, la crisis provocada por el desconocimiento y la tradicional falta de aplicación del Derecho en México tal vez no sea responsabilidad de los hombres encargados tanto de aplicarlo como de obedecerlo, sino más bien responda a las características del sistema mismo adoptado por el Estado nacional inmediatamente después de su independencia respecto de España. La crisis actual puede ser consecuencia de una crisis mayor: la que afecta las ideas mismas de orden jurídico y de sistema jurídico, concebidos ambos exclusivamente como resultado de la promulgación de leyes. Queda al respecto mucho que investigar, pero los historiadores del Derecho mexicano no podemos negar ya que durante el siglo XIX se operó en nuestro país una verdadera revolución jurídica que afectó tanto al Derecho novohispano, por trescientos años vigente, como a los derechos tradicionales de nuestras comunidades indígenas. El nuevo orden legal promulgado por el Estado nacional supuso una derogación, paulatina pero finalmente total, del viejo orden jurídico y la instauración de un nuevo sistema jurídico cuyas características principales —racionalista, legal, estatal, general y abstracto— provenientes de allende el océano vinieron a romper con el antiguo orden orientado preferentemente a lo específico, más respetuoso o condescendiente con las costumbres locales y alimentado por diversas fuentes de Derecho, no exclusivamente por la ley. Es verdad que esta revolución se operó en el ámbito de la cultura jurídica occidental y que afectó a la mayor parte de los países occidentales desde el siglo XVIII, pero también lo es que concretamente obedeció a una transformación operada en el seno de la cultura política, filosófica y jurídica europea y no a las condiciones culturales, sociales y políticas de las nuevas sociedades americanas, las cuales —salvo sus élites ilustradas— no participaron en lo absoluto en la determinación de los contenidos ni de las formas del orden jurídico importado e impuesto desde arriba.

De aquí, pues, el desequilibrio, la crisis sufrida por esas sociedades que veían cómo un orden eminentemente racional y burgués se superponía a una sociedad tradicional, mítica, religiosa, festiva, pasional, corporativa, estamental y, por ende, nada burguesa.

Naturalmente que dicho desequilibrio lo pretendió superar desde un principio el Estado creador de ese nuevo orden jurídico con una política educativa tendiente a lograr la absoluta obediencia a la ley del Estado y *sólo a dicha ley*, como manifestación absoluta que era de lo justo. El discurso en torno a la supremacía de la ley, la igualdad ante la ley, el respeto a la división de los tres poderes, corre paralelo a

una visión del hombre individualizado y racional cuya razón, se nos dice, finalmente es la creadora del nuevo Derecho y del nuevo orden político. Propiedad sin limitaciones, sistemas electorales, libertad contractual e irrestricta, total libertad individual arrollan las tradicionales instituciones y las expresiones de una sociedad históricamente constituida, negada formalmente pero decidida a dar la batalla por la sobrevivencia. Como armas preferidas esta sociedad, inconscientemente tal vez, elegirá la desobediencia a la nueva ley, el uso de formas de justicia alternativas y el acatamiento de normas no provenientes del Estado para la conservación del indispensable orden social. A la pedagogía jurídica que desde entonces predicará al Estado, desde el discurso cívico y político hasta en las escuelas de Derecho, pasando por los libros de texto gratuitos, los manuales de civismo, etc. y que tiende al sometimiento voluntario y consciente de la comunidad a la legislación sancionada, se opondrá una forma muy poco estudiada pero muy tradicional y efectiva de resistencia popular: aquella que prefiere plegarse al acatamiento de normas ético-sociales para mantener el orden social, por encima de la debida obediencia a la ley estatal.

La desobediencia a la ley que caracteriza a los mexicanos y que algunos creen se debe a factores psicológicos e incluso, emotivos, estaría determinada más por razones históricas: se desobedece lo que no se comprende, en lo que no se ha participado, lo que no me resulta propio, lo que no me ajusta (lo que no me es justo), no porque se tenga una tendencia natural —casi biológica— a la desobediencia.

Lo que, en consecuencia, parece determinar el acatamiento a un orden jurídico —y también su desobediencia— es finalmente que ese orden se ajuste o no a la sociedad que lo recibe; es decir, que corresponda a sus valores éticos, a sus tradiciones y costumbres, que respete y haga caso de su diversidad, de su complejidad y de las muchas y variadas ideas que se generan en el conjunto de las particulares comunidades urbanas y rurales que la integran.

Claro está que no sólo interviene en esto la absoluta correspondencia entre la ley y los valores colectivos; también hay que considerar que la obediencia al Derecho creado por el Estado cuenta con el apoyo, la alianza casi pudieramos decir, de los propios valores sociales que en última instancia también proclaman (no desde la ley, pero sí desde el ambiente familiar, desde el púlpito y desde la escuela) el respeto a los compromisos contraídos, la obediencia a la autoridad —paterna, materna, política y religiosa— y el cumplimiento a los deberes impuestos por la ética familiar, por el Decálogo, o por los mandamientos

de la Iglesia. Creemos que para comprender cabalmente los problemas de la vigencia del Derecho en México, de la realización o no de la justicia y del mantenimiento del orden social indispensable para la convivencia, se debe estudiar con mayor detenimiento lo que podríamos llamar la socialización de los valores de *nuestra* sociedad; en otras palabras, la formación de una o varias éticas colectivas que propugnan por defender: valores morales de raíz cristiana; cívicos y nacionalistas tomados de nuestra historia y de la acción del propio Estado, y familiares, provenientes de nuestra particular forma de entender la vida familiar, a través precisamente de la acción pedagógica de instituciones tales como la familia, la Iglesia, la Escuela y el Estado. En este contexto cabría decir que a nadie mejor que al Estado mexicano le ha convenido la existencia de esta práctica pedagógica plural, compleja y discordante pero unánime en la conducta que exige a los hijos, los fieles, los estudiantes y a los ciudadanos, para conseguir el poco o mucho acatamiento a la ley que de él emana.

Cabría preguntarnos si el cumplimiento o incumplimiento del orden jurídico impuesto por el Estado obedece primordialmente a una actitud reflexiva y al convencimiento colectivo de las consecuencias que acarrea cumplir con ese orden por lo que tiene de jurídico; o si, por el contrario, porque los mexicanos estamos, al margen de cualquier reflexión y convencimiento, educados y acostumbrados a obedecer y acatar diversas órdenes procedentes de diferentes normatividades que nos son impuestas desde nuestra más tierna infancia por instituciones distintas al Estado.

La existencia de diversos órdenes dentro de la sociedad abre, en consecuencia, la posibilidad para sus miembros de considerar que no toda alteración al orden jurídico supone una violación al orden social, y sí, por el contrario, suponer la conciencia colectiva de que dicha alteración se hace con el afán de preservar o satisfacer ese orden social no previsto, desconocido, negado o enterrado por el jurídico.

Un orden jurídico no basado en los fundamentos éticos y en los valores propios de una sociedad o en franca contradicción con éstos da como resultado necesariamente una sociedad desquiciada, normativamente hablando, en la cual aun los valores creados, predicados o supuestos por el orden jurídico y difundidos a través de la prensa, el radio, la televisión, el discurso político, el programa político o electoral, la escuela, el libro de texto, el debate parlamentario, la fiesta cívica, etc. . . no son asumidos colectivamente del todo, máxime que dichos valores, más allá de las palabras, son desconocidos, violentados y ne-

gados en el ejercicio cotidiano del poder o en la aplicación diaria de la ley por los propios encargados de su ejercicio o de su aplicación. Pedagogía esta última, por cierto, más eficaz que la institucionalizada ya que repite constantemente la lección: la ley se hizo para violarse.

El círculo vicioso se cierra; por un lado normas en exceso racionalizadas para una sociedad poco racionalizada, leyes ajenas a valores y costumbres tradicionales, formas legislativas que no nos van ni nos quedan, o que sólo satisfacen los intereses de algunos grupos o minorías ilustrados; por otro, órdenes normativos más convincentes y convenientes, rica imaginación para evadir la norma, falta de aceptación de un modelo impuesto y vejatorio, en su origen, a nuestra historia jurídica. La sociedad, claro está, estalla y/o acude a la defensa y al cumplimiento de otras normatividades que le brindan la posibilidad de salvarse como sociedad ordenada y además satisfacer, así sea en forma indirecta, las exigencias normativas impuestas por el legislador, o de plano, colectivamente exalta la violencia, coadyuva a la degeneración de cualquier orden normativo, se burla de la legislación y del mandamiento y de cualquier tipo de autoridad, se conforma con la impunidad y se acostumbra al crimen, a la trampa y al incumplimiento de las promesas, que al fin y al cabo tiene para ello una gran justificación: así le han enseñado que son las cosas.

La ausencia total en México de estudios de antropología jurídica y la escasez de investigaciones de sociología jurídica, ambas referidas al estudio de los problemas arriba mencionados, sea a nivel nacional como, y más importante, a niveles regionales y locales nos impiden abandonar el plano de las meras generalizaciones y contentarnos con dejar enunciados algunos de los problemas más relevantes en relación con la aplicación del Derecho en México. El trabajo de antropólogos y sociólogos en esta área ofrece oportunidades de investigación amplísimas y los juristas necesitamos de ellas. Sólo así, con el trabajo interdisciplinario, que lo mismo abunde en las transformaciones operadas en los ámbitos de la teoría y la práctica constitucional y legislativa y en el concepto mismo de Derecho, que el que determine cuál es y ha sido el impacto de esas transformaciones en las diversas localidades, regiones y municipios que forman nuestro país, podremos avanzar en la respuesta a tres preguntas que a todos nos debieran inquietar: ¿Cómo se juzga y se realiza el Derecho en nuestros pueblos y en nuestras regiones? ¿Cómo se hace justicia en un país tradicionalmente de injusticias? ¿Cuáles son, en fin, los fundamentos reales de una sociedad injusta?

Todos, desde el intelectual hasta el analfabeto, podríamos dar algunas personales respuestas; todos, de una u otra forma hemos sufrido de las consecuencias de una injusticia formalizada, es decir, no esporádica sino casi institucionalizada; todos sabemos de los efectos de lo que bien podríamos denominar la "arbitrariedad legitimada", y todos sospechamos de las causas. Pero hace falta —urgen— los análisis científicos que prueben y exhiban las consecuencias del desconocimiento del Derecho en México y de las violaciones de que frecuentemente es objeto el mismo por parte de autoridades y de gobernados; investigaciones que determinen las causas —históricas, dogmáticas o técnicas, sociológicas y políticas— del poco respeto del mexicano por la ley y de su falta de credibilidad en el Derecho. Que refieran el problema primero al ámbito local o municipal, después al regional, para finalmente llegar al nacional y no al revés. Investigaciones que expongan con toda nitidez por qué, sin embargo, las sociedades mexicanas que pueblan nuestro territorio aparecen ordenadas y con qué roles o instrumentos no estrictamente jurídico-positivos juegan para dirimir sus conflictos personales y sociales, al margen de las instituciones jurídicas "reconocidas" o propuestas por el Derecho positivo. Investigaciones que nos permitan conocer, en fin, cómo se resuelve el desquiciamiento colectivo producido por la contradicción que se da entre una educación formal y dogmática permanente que tiende al cumplimiento de la ley y de los deberes y una educación no menos permanente, pero bastante informal y empírica que provoca prácticas y conductas en la vida diaria contrarias a esa ley y a esos deberes.

El esfuerzo conjunto que hagan antropólogos, juristas y sociólogos puede redituarse en beneficio de la justicia en México y concretamente, por lo que a los juristas se refiere, puede servir para romper de una vez por todas la ya cada vez más castrante idea de que todo el Derecho es creación exclusiva del Estado y que la determinación de lo justo es monopolio del mismo.

EL LITIGIO DEL TLAHUALILO: PRESAGIO DE UN DERECHO DE PROPIEDAD SIN ARROGANCIA

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. 1. El ambiente. 2. La situación, 2.1. Los hechos precedentes. 2.2. Las relaciones de propiedad. 2.3. Los conflictos por el agua. 3. La compañía. 3.1. Su constitución. 3.2. La Concesión. 4. El litigio. 4.1. Los antecedentes directos. 4.2. El planteamiento de la litis. 4.2.1. La demanda. 4.2.2. La contestación y los alegatos de Vera Es-tañol. 4.2.3. El fondo de la controversia. 4.3. La sentencia. 5. Dos temas jurídicos en torno del litigio. 5.1. El derecho de aprovechamiento del agua. 5.2. La potestad reglamentaria. 6. El último acto.*

INTRODUCCIÓN

Pertecemos a una tradición jurídica esencialmente generalizadora; las fugas casuísticas en nuestro medio, son rondas difíciles de correr. Así, a pesar de que la historia de los litigios mexicanos podría llenarse con un sinnúmero de episodios trascendentes, muy pocos historiadores y juristas enfocan sus análisis con una perspectiva particularista.

Ahora, si aceptamos abjurar de nuestra vocación generalizadora, no hay mejor pretexto que el litigio del Tlahualilo. Según Miguel Othón de Mendizábal se trata del juicio "más tenaz, complicado y peligroso" de todos los que componen la experiencia del foro mexicano. El conflicto del Tlahualilo se suscita en torno de una disputa por el aprovechamiento del agua del Río Nazas. En el transfondo del negocio los intereses en juego son, por una parte, el de los comarcanos de La Laguna, que por la posición ribereña de sus propiedades y por los fundamentos ancestrales de sus títulos, aspiran a ser los beneficiarios de los torrentes del Río. Por otra parte, surge como autogenista una Compañía Agrícola que solicita del Gobierno la Concesión para trasladar a través de un canal el agua del Nazas hasta sus terrenos, que se encuentran 60 kilómetros afuera de la ribera. Los litigantes formales en el juicio fueron: la Compañía del Tlahualilo y el Gobierno Federal. Los ribereños lograron convertir su posición en la postura

del Gobierno y éste, no tuvo más remedio que asumir la gestión de los intereses regionales en contra de la Compañía.

Las disputas por el agua en la cuenca del Nazas fueron tónica constante en las relaciones de los propietarios cultivadores de algodón. Sin embargo, las contiendas regionales de La Laguna tuvieron la propiedad de trascender fácilmente su seno original; así, se convirtieron en controversias interestatales —entre Durango y Coahuila— e incluso, en materia de disputas internacionales, como sucedió en el caso del Tlahualilo que involucró a los gobiernos inglés y estadounidense.

La importancia del conflicto del Tlahualilo se manifiesta en la atención tan especial que le dispensó Francisco Bulnes, atribuyendo a esta reyerta el origen del deterioro de las relaciones de los norteamericanos con el gobierno dictatorial del General Díaz.

En años más recientes dos investigadores extranjeros: Clifton Kroeber y William Meyers han proporcionado una pauta bastante precisa del conflicto. Sin embargo, a pesar de sus aciertos estos analistas foráneos mantienen inexplorada la veta jurídica del caso. Kroeber proporciona un panorama muy certero del juicio, pero el énfasis de su análisis se dirige a establecer las diferencias que surgieron hacia finales del porfiriato entre los representantes de dos tendencias políticas opuestas: una, persistente en el favor generoso a los capitalistas extranjeros; otra, convencida de la necesidad de restablecer para el Estado el espacio político de la distribución de los recursos naturales. Meyers, por su lado, nos ofrece una revisión de fondo exquisitamente política, a partir de la cual enmarca precisamente el negocio del Tlahualilo en la perspectiva de la formación de los perfiles modernos del Estado mexicano.

Beneficiado por los investigadores precedentes, decidí aventurar el análisis hacia los aspectos propiamente jurídicos del juicio. La observación desde los fenómenos normativos privilegia al sujeto que la elige, porque pone a su alcance el juego complicado que mantiene una sociedad en relación con sus expresiones simbólicas. El derecho es la conciencia institucionalizada y el cauce especial para deslizar los conflictos a partir de su esquema racional de soluciones. Resulta interesante presenciar *in situ* el ajuste problemático que vive una sociedad para hacerse realmente de sus signos culturales.

El negocio del Tlahualilo se planteó en un juicio donde no sólo transitaron los intereses de las partes en pugna; sino que por su vía se operó la transformación del régimen de propiedad en materia de

aguas. La propiedad en sentido civil dejó de ser un factor excluyente y, ante el pleno reconocimiento de su insuficiencia, los propietarios impulsaron un modelo de relaciones patrimoniales centralmente dirimido por el Estado.

Los propietarios privados de La Laguna fueron los primeros dentro del país en conformarse con un espacio civil sin arrogancias, interferido por el Estado. Algunas de las familias que protagonizaron el conflicto —es el caso de la familia Madero— fueron también agentes subversivos para el régimen dictatorial y elementos propiciatorios para el gobierno reformista, que dejó como saldo la revolución. En este sentido, el negocio del Tlahualilo fue un ensayo precoz que marca el ocaso de las concesiones generosas para la explotación de los recursos naturales. En el juicio del Tlahualilo fue evidente que la dictadura tuvo que volver sobre sus pasos y anticipar el estilo político de los futuros regímenes reformistas.

Los estudios que hasta la fecha existen sobre el Tlahualilo se han apoyado en investigaciones de archivos muy bien logradas. En el presente trabajo el sustento lo aporta la folletería jurídica. La publicación de alegatos judiciales es una práctica hoy postergada; sin embargo, en la segunda mitad del siglo XIX la folletería de temas forenses es una fuente ineludible que permite reconstruir con mucha precisión la historia de los litigios mexicanos.

1. EL AMBIENTE

La historia del medio jurídico mexicano no puede seguirse por el curso de una línea simple de trazo ascendente. A querer o no, la nuestra es una tradición de cortes y accidentes; de imitaciones exóticas y de instituciones autóctonas que contrapesan sus impulsos. El derecho mexicano, sabemos, no ha podido armarse en una órbita principal; sus rasgos han estado determinados fuertemente por los procesos de ajuste del Estado.

La línea evolutiva que impulsa a nuestro medio jurídico carece de una secuencia científica que soporte su progreso. En términos generales, la teoría jurídica mexicana se ha vertido como afluyente marginal de la doctrina francesa y, en algunos pasajes señalados, también del pensamiento de los juristas españoles y norteamericanos. Sin embargo, las cualidades específicas del medio mexicano, con frecuencia quedan

insatisfechas por los resultados que produce este fenómeno de recepción superficial de las ideas jurídicas foráneas. El reflejo veloz de instituciones exógenas no permite que la reflexión sobre éstas últimas madure; por eso, nuestra doctrina es casi siempre emergente y contrahecha.

El periodo que se ofrece más intenso en la formación del derecho mexicano, se produjo en tiempo coincidente con la dictadura porfirista. Durante aquella etapa se prohibió un estamento de juristas, con posibilidades de influir profesional y científicamente la realidad del periodo social que se vivía. A pesar de que un buen número de estos abogados fungieron como agentes funcionales a los propósitos de la dictadura, hubo otros que, desde que tuvieron voz profesional y posibilidades de uso de su ciencia, se colocaron como elementos críticos y ejercieron una labor contestataria ante los hechos arbitrarios del Dictador y de los cuadros administrativos en los que eventualmente se apoyaba.¹

Los ajustes dirigidos a remover algunos elementos tradicionales de la vida mexicana; la pugna concomitante por la modernización administrativa y financiera, así como el arbitraje generoso de los recursos naturales en favor de una lógica lucrativa orientada al exterior, motivaron necesariamente conflictos que surtieron profusamente de litigios al foro mexicano. Como nunca, hubo entonces abogados capaces de patrocinar a las partes en contienda. Armados con las bases técnicas que aprendieron de las exposiciones de los exégetas franceses y con un conocimiento aceptable de las instituciones del derecho colonial, escribieron, para impulsar sus causas, extensos y bien razonados alegatos, de los que no pocos fueron publicados para granjear en favor de sus clientes el sentido de la opinión pública, que siempre fue fenómeno influyente.²

Los litigantes porfirianos adquirieron de su común formación positivista un gran respeto por la historia y una conciencia clara del papel que debía desempeñar el conocimiento científico en sus prácticas. De estas convicciones proviene la distancia de los juristas porfirianos con otros de periodos más recientes. A estos factores deben los abogados finiseculares la garantía permanente que tuvo su trabajo para mante-

¹ Vid., OROZCO, Wistano Luis, *Legislación y Jurisprudencia sobre terrenos baldíos* (II vol.), México, "El Caballito" (edición facsímil), 1974 y también MOLINA ENRÍQUEZ, Andrés, *Los Grandes Problemas Nacionales*, México, Era, 1978, p. 76.

² Vid., DEL ARENAL, Jaime, "Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, No. 4 (enero-abril de 1987), México, UNAM, pp. 79 a 116.

nerse a salvo de la vulgaridad. El respeto por la historia les condujo a conciliar sus instrumentos técnicos con las especificidades del medio mexicano. La persuasión en torno de la importancia de la ciencia, fue el móvil que perseverantemente orientó el cultivo doctrinario y la continua interpelación a la teoría en el curso de sus exposiciones judiciales.

Las virtudes de su trabajo no atenuaron sin embargo el carácter cupular y elitista que enmarcó el desarrollo de las tareas de los abogados del periodo porfiriano. La mayor parte de los litigios se contextualizaron en el terreno de la propiedad. El trasfondo de las controversias estuvo, casi siempre, configurado por las necesidades emergentes de los capitales, que pugnaban por un ambiente institucional que definiera su tráfico en términos modernos. La gran parte de la población no propietaria vivió al margen de los progresos jurídicos; para estos sectores el estamento profesional que los abogados compusieron, no fue sino una extravagancia incomprensible, como tantas que la dictadura atrajo con sus fallidos intentos cortesanos.

La tradición de los juristas que vivieron en alguno de los periodos de la dictadura y que no repararon en servirla, fue violentamente abatida por la Revolución. Los abogados porfirianos, salvo aquéllos que compusieron las ideas del bando reformista, fueron barridos de los espacios cercanos al gobierno. Muchos partieron al exilio, otros, los que no tuvieron cercanía con el régimen huertista, permanecieron en el foro, abanderando las causas de los propietarios afectados por las medidas reformadoras del gobierno.

El repliegue de los juristas de la dictadura y su posterior desplazamiento, agotó los veneros científicos que surtieron los fundamentos de un estilo forense de alcances exquisitos. El régimen revolucionario acusó desde su inicio la ausencia de cuadros jurídicos idóneos y, para reclutar sus abogados, recurrió no pocas veces a los tráfugas de la época porfiriana; en otras ocasiones, los incorporados fueron aquellos que durante la dictadura mantuvieron una disidencia soterrada.³ Para evidenciar hasta qué punto el nuevo gobierno fue en esta materia deudor del anterior, conviene recordar que entre los abogados que más aportaron al fondo de la Constitución de 1917, ninguno puede, después de una revisión curricular seria, negar sus vinculaciones con la dictadura porfirista; todos, de una forma o de otra, fueron en alguna circunstancia sus empleados.

³ La mayor parte de los constituyentes de 1917 que influyeron la confección del texto tenían antecedentes en el gobierno porfirista. Es conveniente recordar cómo en las primeras sesiones de la Asamblea de Querétaro se objetaron las credenciales

Aunque los juristas de la Revolución generaron bases normativas adecuadas para el desarrollo institucional de su causa, nunca alcanzaron la solidez ni los destellos de los abogados porfirianos que fueron sus maestros. En el nuevo estamento se extravió, y a veces parece ser que para siempre, el intento de fundar científicamente los procesos jurídicos. Los abogados revolucionarios, por eso, no estuvieron en posibilidad de abundar con suficiencia sobre la cuestionada legitimidad del nuevo régimen. Desde entonces, el Derecho Mexicano ganó como vehículo en la realización de los propósitos reformistas de los gobiernos en turno, pero se condenó a un estado de enanismo teórico del que hasta la fecha no ha podido reponerse.

Los litigios tramitados durante el porfiriato nos permiten entrever la pugna que se suscitaba entre la imitación extralógica de instituciones y conceptos y, por otra parte, los intentos de adecuación de esos mecanismos técnicos a las circunstancias mexicanas. Desde aquella época la identidad del Derecho Mexicano estuvo sujeta al acoplamiento difícil de las instituciones modernas, con los elementos tradicionales y aquéllos que surgieron durante las etapas transitorias de nuestra sociedad. Los impulsos para tecnificar el ejercicio jurídico en buena parte se resolvían en los esfuerzos de los abogados por tipificar los supuestos fácticos de la realidad mexicana y de sus agentes en los moldes normativos del derecho racionalista, gestado para intermediar los conflictos de las sociedades europeas.

Es difícil calcular el grado de autonomía que las cuestiones judiciales pudieron alcanzar en relación con la influencia política del dictador. Sin embargo, en términos genéricos, puede afirmarse que, salvo aquellos casos de connotación particular que de manera directa involucraban al gobierno, las controversias que confrontaron intereses típicamente privados sí contaban con un espacio propio y su resultado estuvo determinado fundamentalmente por el mérito de los litigantes.

La inestabilidad política de los periodos que antecedieron a la Dictadura del General Díaz impidió la consolidación de una práctica judicial que cimentara cauces adecuados para el establecimiento de precedentes o líneas confiables de solución. Excepción hecha de la época en que Vallarta estuvo al frente de la Suprema Corte de Justicia, en realidad la vida judicial mexicana define sus verdaderos perfiles durante el porfiriato. Las soluciones a las controversias planteadas tuvie-

de los diputados más próximos a Carranza; tal es el caso de Machorro Narváez, Hilario Medina y Félix Palavicini. Hubo también resistencias importantes para aceptar a Natividad Macías en La Comisión de Puntos Constitucionales.

ron entonces esa vocación de particularidad que ha impregnado con sello indubitable los grandes periodos de la historia jurídica de occidente: cada caso se abordó con el ánimo de atender una cuestión original, a cada uno se otorgó la atención especial que ameritaba y así, sin cartabones que mecanizaran las sentencias, éstas fueron paulatinamente fijando los parámetros de aplicación para la legislación porfirista.

2. LA SITUACIÓN

2.1 *Los hechos precedentes*

La comarca lagunera está compuesta por los extensos planos donde convergen los ríos torrenciales Nazas y Aguanaval, hacia el extremo sur del Bolsón de Mapimí. La Laguna se extiende sobre el territorio de dos entidades federativas: Durango y Coahuila. Aunque las tierras mejor dotadas para el cultivo algodonnero, que constituye la vocación principal de la comarca, se localizan en Coahuila, los terrenos duranguenos no son tampoco despreciables y en ellos se asientan importantes unidades de producción agrícola.⁴

La historia que condujo a La Laguna a erigirse como la región algodonnera más productiva del país estuvo plagada de conflictos y de sucesos dignos de una reseña histórica especial. Por las limitaciones de este trabajo, de modo panorámico, haremos referencia a algunos de los hechos que colaboran a situar el litigio del Tlahualilo en el contexto de la región.

Hacia 1575 se inicia la colonización del territorio de lo que más adelante se conocería como región de la Laguna. Antes de este intento el lugar fue zona de tránsito para algunos grupos nómádicos dedicados a la caza, la recolección y la agricultura ocasional.⁵ Desde los primeros esfuerzos colonizadores se patentizó el riego de invasión y de exterminio en que los grupos bárbaros colocaban a los inmigrantes. Con el objeto de afianzar a las familias de españoles y criollos asentados en la zona lagunera se promovió una inmigración de familias tlaxcaltecas

⁴ ROUAIX, Pastor, *Diccionario geográfico, histórico y biográfico del Estado de Durango, México*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1946 (Voz: "Laguna La"), pp. 224 a 226.

⁵ DE MENDIZÁBAL, M. Othón, "El problema agrario de La Laguna", *Obras Completas*, t. IV, México, 1946, pp. 225 a 229.

que llegaron finalmente a la región en los primeros años de la década iniciada en 1590. Cuatrocientas familias de indios tlaxcaltecas se distribuyeron entonces para formar cuatro poblados que se convirtieron en los primeros asentamientos estables de la Laguna.⁶

En 1598 se estableció la población de Santa María de Parras, que por mucho tiempo funcionó como centro nervioso de las actividades económicas de la región. Parras perdió su posición prominente cuando los constructores de las líneas ferroviarias del Norte, decidieron situar en Torreón el punto de distribución y llegada de los ramales del ferrocarril. Sin embargo, durante su época de auge, Parras fue la ciudad mejor consolidada, al grado que Eduardo Guerra remite al año de su fundación el origen de la historia de la comarca lagunera.⁷

Al tiempo que se establecía Santa María de las Parras, las misiones evangelizadoras avanzaban sobre la zona meridional del Bolsón de Mapimí. Así, ya sobre el área desértica, lograron desarrollarse otros dos centros de población: San Juan de la Casta y Mapimí. Los dos nuevos poblados quedaron asentados en el actual territorio del Estado de Durango; de ellos, el primero definió su destino hacia la actividad agrícola y, el segundo, fue más bien una ciudad minera.⁸

Por muchos años las incipientes poblaciones laguneras se mantuvieron acosadas por las irrupciones de los grupos nómicos que recorrían la región. Hacia 1715 se registra la destrucción del caserío de Mapimí, en la cual se produjo la muerte de casi todos sus pobladores. Este ejemplo se repitió en otros de los asentamientos laguneros; la mayor parte de los pueblos tuvieron que recomenzar varias veces su historia antes de conseguir condiciones estables para su desarrollo.⁹

2.2 *Las relaciones de propiedad*

Desde el punto de vista de los perfiles sociales que las relaciones de propiedad habrían de seguir en la Laguna, el dato original más importante es la confirmación del primer título de propiedad que consigue el Marqués de Aguayo en la comarca. A una solicitud de merced para ocupar 28 sitios de ganado mayor, presentada en el año de 1716,

⁶ *Ibidem.*

⁷ GUERRA, Eduardo, *Historia de La Laguna*. Primer siglo agrícola algodonero. México, Ed. Fondo Edit. Lagunero, 1953, pp. 15 a 17.

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibid.*, pp. 211 y 212.

le recayó por fin resolución favorable expedida por el Escudero Real en la Ciudad de México el año de 1729. A partir de esta primera merced el Marqués de Aguayo siguió obteniendo otras que le permitieron ejercer la titularidad de 526,238 hectáreas en los terrenos que sirven de asiento a la Laguna; cabe aclarar que la extensión del latifundio que comprendió el mayorazgo del Marqués de Aguayo, fue aún mayor.¹⁰

Para fijar parámetros de la discusión posterior sobre los derechos de aguas en la región del Nazas, es pertinente señalar que las mercedes y confirmaciones otorgadas al marquesado de Aguayo se refirieron también a la propiedad de las aguas comprendidas dentro de los terrenos que, entonces, no tenían otros usos que los de satisfacer el consumo de los escasos pobladores y el de servir de abrevadero al ganado bovino y caballar que se criaba en la región.¹¹

La mejor apreciación crítica del latifundismo en la comarca lagunera la produjo Miguel Otón de Mendizábal, quien en un artículo publicado en 1939, señaló el conflicto que el mayorazgo de San Miguel de Aguayo ocasionó al impedir el establecimiento de pueblos libres y colonias en el entorno lagunero:

Al efecto despoblador característico del latifundio ganadero, que sólo daba oportunidad de trabajo, miserablemente retribuido a unos cuantos vaqueros y pastores, se había sumado la implacable oposición del gran propietario a todo grupo de agricultores, indígenas o mestizos, establecido ya o que pretendiera establecerse en sus desiertas posesiones, por temor a que las autoridades le concedieran las tierras a que toda comunidad tenía derecho conforme a las Leyes de Indias."¹²

Los latifundios coloniales sucumbieron en buen número asediados por las deudas que su ineficacia productiva obligó a los dueños a contraer. El mayorazgo de Aguayo no escapó a esta sentencia y, hacia 1818, un concurso de acreedores obtuvo la resolución para intervenir sus bienes por falta de pago. Los acreedores intentaron, a partir de

¹⁰ VERA ESTAÑOL, Jorge, *Alegatos que presenta como abogado especial del Gobierno Federal ante la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Juicio Ordinario que inició la Cía. Agrícola Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, contra el Gobierno Federal*, México, Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1910, pp. 4 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 50.

¹² DE MENDIZÁBAL, M. Othón, *op. cit.* (5), p. 231.

entonces, enajenar el patrimonio inmueble del mayorazgo sin conseguirlo; para solventar los gastos que su mantenimiento ameritaba, contrajeron los primeros empréstitos con casas extranjeras de los que se tiene noticia en la región.¹³

Al margen de lo que fue el marquesado de Aguayo sólo había surgido en la Laguna la hacienda independiente de San Juan de Casta, que en el siglo XIX fue adquirida por Don Juan Nepomuceno Flores, personaje al que se atribuye el inicio de los cultivos de algodón en la Laguna y de quien la Compañía del Tlahualilo adquirió la propiedad de sus terrenos.¹⁴

Antes de proseguir la reseña de la evolución que tuvieron las relaciones de propiedad en la Laguna es necesario apuntar que en el año de 1843, se produjo una variación en el cauce del Río Nazas, que a la postre iba a resultar determinante para la historia de la región. Hasta entonces las avenidas del río terminaban en el vaso de la Laguna del Tlahualilo. Sin embargo, por la lluvia excesiva que se produjo ese año, se provocaron azolves extraordinarios que motivaron la desviación de los torrentes. Desde entonces, las avenidas del Nazas tomaron el rumbo de la Laguna de Mayrán y nunca volvieron a orientarse hacia el vaso del Tlahualilo.

Al ser el agua del Río Nazas el único motivo de feracidad en la región de Mapimí, el vaso del Tlahualilo se reintegró al desierto cuando los torrentes anuales cambiaron de curso. Así transcurrieron cerca de cuarenta años, hasta que los fundadores de la sociedad del Tlahualilo pergeñaron la idea de irrigar las tierras de la extinta laguna y rescatar para la agricultores sus ricos depósitos aluviales.¹⁵ Sin embargo, esta idea sólo era viable si el agua para fertilizar el antiguo vaso, se hacía fluir del cauce del Nazas a través de un canal de traslado que debería seguir un curso superior a los 60 kilómetros de longitud.¹⁶

Para definir mejor la situación de la comarca lagunera en el tiempo en que se fundó la Compañía del Tlahualilo hay que remontar por lo menos cuatro décadas y mencionar que en 1840, Melchor Sánchez Navarro logró hacerse de la propiedad de las tierras que habían consti-

tuido el marquesado de Aguayo. Ocho años más tarde, sus descendientes se verían obligados a enajenar a Leonardo Zuluaga y a Juan Ignacio Jiménez la propiedad de la hacienda de San Lorenzo de la Laguna. Con el producto de la venta de esas tierras los sucesores de Sánchez Navarro pretendían redimir las deudas que su padre contrajo para adquirir los terrenos del antiguo marquesado.

Zuluaga y Jiménez mantuvieron la copropiedad de la hacienda de San Lorenzo hasta 1864; en este año decidieron su partición, correspondiendo al primero la parte inferior de la ribera del Nazas, es decir, las tierras ubicadas en Coahuila, mientras el segundo reservó para sí las de la ribera superior, o sea, los territorios duranguenses. Esta primera partición fue el inicio de un proceso de fraccionamiento que se intensificó en las dos últimas décadas del siglo pasado. Particularmente en el lado coahuilense de la Laguna, la propiedad se dividió hasta estabilizarse en unidades pequeñas de producción. La parte de Durango, en cambio, conservó hasta bien entrado el presente siglo fundos de dimensión mayor, los cuales quedaron concentrados en unos cuantos propietarios.

Entre 1860 y 1870 ocurren hechos significativos que inician de manera indubitable la historia de las relaciones de propiedad en la Laguna. Hacia 1864 el Presidente Juárez autorizó el establecimiento del primer pueblo libre en la comarca. El primado correspondió a la Villa de Matamoros, poblado al que de paso se le concedió la mitad del agua que conducía el río Aguanaval. Para 1869 se fundó oficialmente el asentamiento de San Pedro de las Colonias en la margen inferior del Nazas. Los colonos de San Pedro, durante los conflictos por el agua, iban a revelarse como los más activos agentes entre los ribereños del estado de Coahuila.¹⁷

Además de la división formal de la propiedad en la Laguna, se operó también un fraccionamiento práctico, a través de los arrendamientos que fueron tan usuales en el periodo del auge algodonero y en su preludio.¹⁸ Los arrendatarios constituyeron el núcleo más pujante de cuantos sectores participaron en la producción del algodón; en muchos casos incluso llegaron a convertirse en propietarios y después en

¹⁷ Vid. para un análisis completo de su posición en el conflicto VIESCA LOBATÓN, Francisco, *Refutación a la demanda de la Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora del Tlahualilo, S.A. contra el Gobierno Federal sobre aguas del río Nazas*, México, Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1909.

¹⁸ VARGAS-LOBSINGER, María, *La Hacienda de "La Concha", una empresa algodonera de La Laguna, 1883-1917*, México, UNAM, 1984, pp. 58 a 65.

¹³ *Ibidem.*, p. 235.

¹⁴ GUERRA, Eduardo, *op. cit.* (7), pp. 158 a 161.

¹⁵ Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, S.A., *Demanda contra el Gobierno Federal por incumplimiento de contrato, presentada ante la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tipografía y Litografía de Müller, Hnos., 1909, pp. 7 y 8.

¹⁶ *Ibidem.*

grandes hacendados.¹⁹ Los arrendamientos y aparcerías fueron una muestra palpable del incremento rentístico que las tierras laguneras experimentaron durante el auge del algodón. Es oportuno aclarar que muchas veces, el propietario castigaba el estipendio de la renta, a cambio de que el arrendador construyera por su cuenta las obras de apertura de las tierras al cultivo y llevara a cabo, asimismo, la construcción de los canales para irrigarlas.

El valor de los terrenos laguneros no dependía exclusivamente de la tierra; en realidad su estimación se encontraba vinculada a los derechos de aprovechamiento de aguas que los fundos tuvieron asociados. Sin el agua de los ríos torrenciales que se vierten en la región, las tierras comarcanas son simplemente estériles.²⁰

El conjunto de derechos de los propietarios ribereños del Nazas se hacía derivar de las mercedes primordiales del Marquesado de Aguayo o de derechos fincados en la prescripción por el uso y aprovechamiento inmemoriales de las aguas.

El cultivo del algodón empieza a desarrollarse en la comarca lagunera apenas en la década que transcurre entre 1840 y 1850. En aquel entonces se produjo de un modo firme el tránsito económico de la comarca; pasó de región ganadera, a convertirse en una zona francamente agrícola. La transformación del destino económico de la Laguna no colocó de inmediato la actividad algodонера en el sitio que habría de corresponderle en el último cuarto de siglo; al principio, el algodón compartió el espacio productivo con los cereales e incluso puede afirmarse que su importancia fue secundaria.²¹

A la trilogía de grandes propietarios de mediados de siglo —Zuluaga, Jiménez y Flores— hay que remitir los primeros intentos por darle al cultivo algodонера un enfoque moderno. Todavía con mecanismos elementales, estos tres señores arremetieron el bloqueo del río Nazas y comenzaron a irrigar sus terrenos a través de aniegos y sangrías.²² La producción algodонера ofrecía un horizonte promisorio ya que se destinaba a cubrir las exigencias, cada vez de mayor monto, del

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ SARAVIA, Emiliano y VIESCA LOBATÓN, F. *Breves apuntes sobre la naturaleza jurídica de las corrientes no flotantes ni navegables y especialmente de las aguas del río Nazas*, México, 1909 s.p.i., pp. 38 a 40.

²¹ VARGAS-LOBSINGER, María, *op. cit.* (18), pp. 30 a 36 y COSÍO VILLEGAS, *et al.* *Historia Moderna de México* (10 vols.), "El Porfiriato Vida Económica", primera parte, México, Hermes, pp. 72 a 77.

²² GUERRA, Eduardo. *op. cit.* (7), pp. 175 a 178.

incipiente desarrollo de la industria textil en el país.²³ Particularmente la producción de mantas y géneros burdos requería del algodón que, para entonces, era materia escasa. La mayor parte de este producto procedía de las costas de Veracruz y del extranjero; con el desarrollo de la comarca lagunera fue posible sustituir en buena medida la importación de algodón, aunque la industria textil nunca encontró satisfacción total a sus necesidades de insumos en el mercado interno.²⁴

La garantía que otorgaba la dimensión del mercado, aunada a los aranceles que protegían la producción nacional, fueron dos factores que aseguraron para los productores de algodón en la Laguna un nivel de rentabilidad y de confianza que no encontró equivalente en los otros productos agrícolas contemporáneos. Incluso cuando a principios de siglo se derrumbaron los precios de la mayor parte de los productos del campo, el algodón mantuvo los niveles anteriores y no disminuyó las cifras de sus cosechas totales.²⁵

Conjugadas con los factores externos que se combinaron para favorecer el auge algodонера, también las condiciones endógenas de la Laguna fueron proclives para conseguir el efecto de apogeo. El fraccionamiento de los latifundios en unidades funcionales, la creación de centros de población que aportaron una mano de obra que se ligó a los terratenientes a través de vínculos laborales de características modernas y, finalmente, las condiciones físicas del ambiente lagunero, hicieron posible que la comarca, a pesar de los límites naturales que demarcaron sus posibilidades productivas, se convirtiera en el principal centro algodонера del país.²⁶

2.3 Los conflictos por el agua

Entre los límites que ciñeron la vida productiva de la Laguna hay dos que se identificaron principales: el primero fue indiscutiblemente la extensión limitada de la comarca; el otro, la dependencia absoluta de los ríos torrenciales para la fertilización de las tierras. A medida que se fueron abriendo nuevas zonas al cultivo del algodón se tornó más intensa la disputa por el agua. De hecho, la apertura de cultivos algodoneiros en la ribera inferior vino a desbalancear el sistema de ac-

²³ COSÍO VILLEGAS, *et al.*, *op. cit.* (21), pp. 327 y 328.

²⁴ *Ibidem.*, pp. 339 a 344.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ VARGAS-LOBSINGER, M. *op. cit.* (21), pp. 30 a 36.

ceso directo y de aprovechamiento sucesivo de sobrantes que practicaron libremente los agricultores de la ribera superior, hasta antes de la última década del siglo anterior.²⁷

El proceso de roturación de los eriales estuvo asociado al de la expansión del sistema de canales y sangrías que se abrieron a partir de las presas existentes en el río. Entre 1849 y 1853 se ubican las fechas en que fueron construidas las primeras presas comarcanas, todas en la ribera superior del Nazas; ellas fueron: Santa Rosa, Calabazas, San Fernando y el Coyote. En todos estos casos las presas se iniciaron como burdos intentos de los constructores que ensayaron obstruir sólo una parte del cauce torrencial del Nazas. Al cabo del tiempo, esta presa, más las de Torreón y Guadalupe, vendrían a constituir la línea vertebral del sistema de irrigación que estuvo vigente hasta la construcción de la presa del Palmito en el sexenio cardenista.²⁸

Desde que las obras hidráulicas comenzaron dieron también principio las reyertas por el agua entre los propietarios ribereños. Los conflictos se suscitaron en frentes que nos permiten ubicar intereses multifocales, así, contendieron: ribereños superiores contra los de la ribera baja, el estado de Coahuila contra el de Durango, representando cada uno de ellos el interés de sus oriundos; el conjunto de propietarios ribereños contra la Compañía del Tlahualilo; ésta última contra el Gobierno Federal y, finalmente, los Estados Unidos y la Gran Bretaña contra el Gobierno Mexicano, al que consideraron ofensor de los intereses de sus nacionales por la resolución que produjo la Corte de Justicia en el asunto del Tlahualilo.

La mayor parte de las contiendas tuvieron como origen las pretensiones absolutas de ciertos propietarios de presas, quienes intentaron extender el bloqueo de sus retenes a todo lo ancho del cauce del Nazas, cuando la costumbre y a veces hasta los reconocimientos expresos, los autorizaban a mantener las cortinas de las presas sólo sobre una parte del torrente.²⁹

El resorte que mantuvo la tensión entre los propietarios laguneros fue sin duda la insuficiencia del agua para satisfacer las intenciones empresariales de los cultivadores de algodón. Entre más terrenos lograban incorporarse a la producción, más se reducían las expectativas de contar con el agua indispensable para cumplir con los requerimien-

²⁷ Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora del Tlahualilo, S.A., *Demanda*. *Op. cit.* (15), p. 161.

²⁸ VARGAS-LOBSINGER, M., *op. cit.* (18), pp. 101 y 102.

²⁹ GUERRA, E., *op. cit.* (7), pp. 291 a 297.

tos del ciclo algodonero. Esta doble tendencia, de sentido contradictorio, obligó a modificar los sistemas convencionales que se habían seguido en la comarca para la distribución del agua y motivó la intervención del Gobierno Federal como árbitro supremo de los criterios para su asignación.

Tradicionalmente los propietarios ribereños habían considerado como derecho individual indiscutible el aprovechamiento del agua a la que tenían acceso por la posición física de sus predios. La legitimidad de su derecho la fundaban en las mercedes que dieron origen al marquesado de Aguayo. Vale la pena aclarar que ni el derecho castellano ni el régimen indiano, desarrollaron un sistema normativo que se dirigiera *ex profeso* a la distribución del agua en el contexto de las cuencas irrigables. Las mercedes que se concedieron al Marqués de Aguayo suponían el uso del agua como recurso de abrevadero, puesto que cuando fueron otorgadas, las tierras del marquesado eran eriales cuyo destino, en el mejor de los casos, era el de servir de agostadero a los rebaños.³⁰

Cuando la Laguna pasó a ser una zona preponderantemente agrícola, cambió el peso específico del agua dentro de la comarca. Y no sólo fue importante el volumen total del que pudieran disponer los agricultores, sino también la oportunidad para aprovechar el recurso, satisfaciendo las necesidades naturales del ciclo algodonero.³¹

El viejo sistema de aprovechamiento directo a través de presas y canales o de sangrías de intercepción, según el orden físico de los terrenos a lo largo de la ribera, pronto se mostró infuncional porque, según este orden, el provecho del agua sólo estaba garantizado para los ribereños superiores; los otros quedaban expuestos a la existencia de sobrantes.

La inconveniencia a que estaban sujetos, condujo a los ribereños inferiores a cuestionar las bases de legitimidad sobre las que funcionaba el sistema tradicional de distribución del agua en la Laguna. Lógicamente, entre los propietarios coahuilenses resultaba empática la idea de una distribución central del recurso, que de hecho significaba el desconocimiento de los derechos de apropiación individual del agua.³² El arbitraje público de los recursos para la irrigación suponía,

³⁰ VERA ESTAÑOL, *Alegatos...*, *op. cit.* (10), pp. 4 a 50.

³¹ FERNÁNDEZ, Esteban, *Informe dirigido por el Gobernador de Durango al Ministro de Fomento Olegario Molina*, México, Talleres Gráficos "El Tiempo", 1908, pp. 3 a 10.

³² VIESCA LOBATÓN, F., *Refutación...*, *op. cit.* (17), p. 138.

a querer o no, la modificación de las prácticas inveteradas dentro de la comarca. Sin embargo, los criterios de rentabilidad y el mejor desarrollo económico de la región, compatibilizaban bien con la hipótesis de la asignación administrativa del agua. Así, a partir de 1891, año en el que se expidió el primer reglamento para normar la distribución del agua entre los ribereños, la participación del Gobierno Federal fue en aumento. Hacia 1909, el arbitraje centralizado de las torrentes del Nazas era ya un hecho consumado. Los perdedores con la implantación de este sistema fueron los ribereños del lado superior pero, principalmente, la Compañía del Tlahualilo, cuya concesión garantizaba solamente el uso de sobrantes. Hasta 1895, año en que se expidió el llamado Reglamento definitivo para la distribución de aguas en la ribera del Nazas, la Compañía se había servido del agua con gran liberalidad, basada en la concesión que le otorgó el Gobierno Federal con fecha 15 de junio de 1888. Sin embargo, la dicha concesión fue, poco a poco, ajustada a sus términos reales y, precisamente el Reglamento en cuestión, infligió el golpe más severo a las pretensiones de la Compañía sobre el agua del Nazas. Según el Reglamento de 1895, la empresa del Tlahualilo sólo podría abrir las compuertas de su canal, hasta que todos los ribereños —superiores e inferiores— hubiesen tomado sus cuotas normales, definidas por el propio instrumento normativo.

Los conflictos por el agua se agudizaban más en los años de sequía. En los periodos de escasez el Nazas y el Aguanaival cumplían mal su papel de fertilizadores en la región de la Laguna; sin agua suficiente, los comarcanos resentían pérdidas y ello los motivaba a buscar la solución a sus problemas por las vías administrativas y judiciales. Lo mismo ocurría en los primeros meses de lluvia de cada año; entonces, los torrentes apenas se insinuaban en el cauce del Nazas y, antes que los ribereños inferiores reivindicaran derechos paritarios, el hilillo de agua iba invariablemente a parar a los cultivos de los ribereños superiores. Las presas de Durango encerraban estas primicias de las avenidas anuales y no dejaban ni residuos para que los ribereños inferiores prepararan sus tierras para la siembra de ese año.³³

El sistema de presas y canales que sostenía los cultivos laguneros tuvo una base empírica; las mediciones volumétricas del agua se

³³ Vid. el folleto, MÉNDEZ, Luis, *Opinión sobre la propiedad y reglamentación de las aguas del río Nazas*, México, 1908, s.p.i.

efectuaron en forma sistemática sólo hasta 1895, año en el que se constituyó la Comisión del Nazas.³⁴ Este órgano se creó a raíz de lo ordenado por el Reglamento de 1895; sus fines eran: arbitrar las disputas locales; aplicar el Reglamento y establecer las mediciones anuales de los torrentes disponibles y de la oportunidad en que éstas eran accesibles a los comarcanos.³⁵ Antes de las estimaciones y cálculos practicados por la Comisión del Nazas, los métodos que se emplearon para realizar las mediciones no fueron adecuados. En casi todas las ponderaciones anteriores a la Comisión, se concluía en la existencia de sobrantes. Incluso, fue el hecho de la presencia de excedentes el que motivó al Gobierno Federal para otorgar la concesión al Tlahualilo. Los cálculos fueron realizados siguiendo referencias primarias: la observación directa y las inferencias superficiales a partir de ellas; así, con la vista clavada en la laguna de Mayrán, los ingenieros dedujeron que el agua almacenada en su vaso era la mejor prueba de que los torrentes anuales desbordaban los seguimientos de los agricultores en la cuenca.³⁶ Estos observadores no tomaron en cuenta que la capacidad de presas y canales no permitía el ingreso de un gasto indefinido por las bocatomas; simultáneamente, sólo podía captarse una parte de las crecientes mayores. Los calculistas tampoco consideraron que las demandas del ciclo algodonero no son uniformes ni constantes; al principio, cuando los torrentes apenas escurren, es necesaria toda el agua que fluye por el río y, en esos periodos, el recurso no basta para cubrir los requerimientos de todos los terrenos abiertos al cultivo. Con esta lógica es inexplicable que los escurrimientos de agosto y de septiembre hayan sido precisamente los que provocaron mayores enconos en las disputas por el agua; en estos flujos se centra la controversia principal que involucró a ribereños inferiores y superiores.³⁷

Como una muestra de la mentalidad que prevaleció antes de las intervenciones administrativas en los asuntos del Nazas, es pertinente citar el convenio protocolizado en 1852, en cuyo clausulado el propietario de la hacienda de San Fernando —Don Juan N. Flores, derechohabiente también de la presa de San Fernando—, se obligaba a

³⁴ VERA ESTAÑOL, Jorge, *op. cit.* (10), pp. 138 a 144.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibidem.*, pp. 125 a 144.

³⁷ Vid. MÉNDEZ, Luis, *op. cit.* (33), FERNÁNDEZ, Esteban, *op. cit.* (31) y MACEDO, Pablo, *Opinión sobre la cuestión del Nazas*, México, Talleres Tipográficos de "El Tiempo", 1908.

dejar correr el agua sobrante a la presa de Santa Rosa, a cuyo dueño reconocía como titular del agua que su cortina no pudiera contener.³⁸ Con este tipo de definición autónoma de sus derechos, los ribereños superiores no eran agentes proclives para la proposición ni para el sostenimiento de una fórmula armonizadora para el uso del agua de la región.³⁹ El fracaso en 1890 de una Convención de ribereños convocada por el Gobierno Federal, dejó a éste el campo franco para ensayar medidas de distribución vertical del agua: así surgieron los reglamentos de 1891, 1895 y las adecuaciones que se hicieron a este último en 1908 y 1909.⁴⁰

Si la presencia del Gobierno Federal fue en un principio favorable a la sociedad del Tlahualilo, dado que la benefició con la concesión de junio de 1888, posteriormente, cada nueva ingerencia federal trajo para la Compañía un saldo negativo que se expresó en la reducción de las cuotas de agua de las que en un momento dado disfrutó.⁴¹ Las Secretarías de Fomento y de Comunicaciones se definieron claramente partidarias de ideas de los ribereños inferiores, porque juzgaron que sus propuestas fueron las que mejor garantizaban el desarrollo integral de la región.⁴²

El primer gran litigio en relación con el agua del Nazas lo motivó, en 1880, Santiago Lavín, a la sazón "propietario" de la presa de Santa Rosa. A don Santiago le resultó fácil correr la cortina de su presa y bloquear todo el ancho del río para poder contener una mayor cantidad de agua en las crecientes; sin embargo, los abajeños protestaron y llevaron sus cuestiones a las autoridades judiciales.⁴³ También el Gobierno de Coahuila se involucró en el asunto y demandó ante la Suprema Corte de Justicia la rectificación de sus límites con el estado de Durango; como providencia precautoria Coahuila solicitó la demolición de los trabajos efectuados por Lavín para bloquear los dos brazos en los que se bifurcaba el río desde arriba de la presa de San Fernando.

A pesar de que recayó resolución favorable a la providencia solicitada por Coahuila y de que temporalmente el ensanchamiento de la presa de Santa Rosa se aplazó, Santiago Lavín, contra todo derecho,

³⁸ VERA ESTAÑOL, Jorge, *op. cit.* (10), pp. 52 a 61.

³⁹ *Ibidem.*, pp. 213 a 220.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ KROEBER, Clifton, "La cuestión del Nazas hasta 1913", en *Historia Mexicana*, v. XX (enero-marzo 1971), núm. 3, pp. 435 a 438.

⁴² *Ibidem.*, pp. 452 a 456.

⁴³ GUERRA, E., *op. cit.* (7), pp. 294 a 296.

consumó su intención en el año de 1889, consiguiendo finalmente ampliar sus retenes y bloquear con la cortina de la presa todo el flujo del río. En algún momento posterior la sociedad del Tlahualilo, utilizando la intermediación de los sucesores de Juan N. Flores, llevó a cabo también un acto análogo, a partir del cual la presa de San Fernando incrementó sus retenes hasta obstruir los dos brazos del río Nazas.⁴⁴ También en esa ocasión hubo protestas y órdenes de suspensión de los trabajos, pero, como en el caso de Lavín, la presa de San Fernando finalmente ocupó los dos ramales del río.⁴⁵

Los hechos arbitrarios de los ribereños superiores fueron preparando el caudal de reacciones y de actitudes belicosas que más tarde iban a esgrimir los ribereños inferiores. Sin embargo, a diferencia de éstos, los propietarios de la ribera duranguense nunca tuvieron la cohesión necesaria para impulsar su causa en forma coordinada. Entre los ribereños superiores había que contar a la Compañía del Tlahualilo, primero como derechohabiente de la toma que partía de San Fernando y, después, como propietaria directa de la hacienda y de la presa de ese nombre.⁴⁶ La Sociedad del Tlahualilo nunca hizo causa común con los demás ribereños de Durango; la defensa de sus causas siempre la llevó a cabo de acuerdo con sus propias determinaciones. Los ribereños de abajo, en cambio, consolidaron un frente común y llegaron a constituir formalmente un "sindicato" para la defensa de sus intereses.⁴⁷ El sentido unitario de su acción permitió a los ribereños de Coahuila impactar las decisiones del Gobierno Federal. Así, la fuerza colectiva de los ribereños inferiores se sobrepuso, paso a paso, a la resistencia de los grandes propietarios arribeños y, a la postre, terminó minando sus privilegios y el efecto de preponderancia que les otorgaba su posición física en el río.⁴⁸

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, Sentencia en el juicio promovido por la Compañía del Tlahualilo vs. Gobierno Federal, México, Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1911, pp. 155 a 156.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ VERA ESTAÑOL, Jorge, *op. cit.* (10), pp. 387 y ss.

⁴⁷ Suprema Corte de Justicia, *op. cit.* (44), pp. 187 a 190 y también MEYERS, William, "Inversión extranjera y problemas de riego en la comarca lagunera (1890-1911)", en *Dinámica de la empresa mexicana. Perspectivas políticas, económicas y sociales*, México, COLMEX, 1979, pp. 202 y 203.

⁴⁸ Las mejores muestras de la influencia de los ribereños inferiores fueron los acuerdos de la Secretaría de Fomento de 10 de julio y 12 de agosto de 1908, así como la expedición del Reglamento de 1909.

3. LA COMPAÑÍA

3.1 Su constitución

Ni siquiera sobre el origen de la Compañía del Tlahualilo existe acuerdo general entre los estudiosos. Al respecto, la nota discordante la puso don Daniel Cosío Villegas quien, en la *Historia Moderna de México*, refiere que desde su inicio la Compañía del Tlahualilo estuvo impulsada por el capital inglés.⁴⁹ No existen constancias que ayuden a comprobar la afirmación escueta de don Daniel; el cambio, las referencias en contrario son prácticamente unánimes. En los documentos que tratan sobre el origen de la Compañía, éste se remonta al 21 de agosto de 1885. Ese día, en la Ciudad de Villa Lerdo, un grupo de comerciantes y agricultores radicados allí, constituyeron una empresa bajo la denominación de Compañía Agrícola del Tlahualilo. El propósito que perseguían los fundadores de la negociación, aparentemente, era el de rescatar para el cultivo algodonerero el viejo vaso de la laguna del Tlahualilo. Bajo el fin explícito parece que radicaba otro menos caro: los fundadores de la sociedad perseguían en realidad obtener beneficios de la operación inmobiliaria que se ofrecía en perspectiva, una vez que fuera posible irrigar las tierras de la antigua Laguna y abrirlas al cultivo; entonces, resultaría oportuno dividir la propiedad y enajenar a precios muy superiores los terrenos.⁵⁰

Siguendo la huella del negocio del Tlahualilo el dato continuo es la escritura de compra venta de fecha 15 de septiembre de 1885, en la que consta que don Juan Nepomuceno Flores enajenó a la Sociedad del Tlahualilo 25 sitios de ganado mayor en los terrenos de la antigua laguna de ese nombre. El precio fue de \$2,000 por cada sitio. En el contrato se señala que la Compañía tendría derecho a tomar a través de la presa de San Fernando —propiedad del mismo señor Flores— el agua necesaria para sus cultivos.⁵¹ Es oportuno recordar que, según el convenio de 1852, celebrado en Villa Lerdo, los excedentes de la presa de San Fernando no eran propiedad del señor Flores, sino del

⁴⁹ COSÍO VILLEGAS, *et. al.*, *op. cit.* (21), t. II, p. 1112.

⁵⁰ VERA ESTAÑOL, J., *Alegato que produce como apoderado de la Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, S.A., en el juicio arbitral que le sigue Carlos Ortiz*, México, Imprenta Escalante, 1901, pp. 32 a 58; y SÁNCHEZ GAVITO, Indalecio, *Contestación al Alegato de la Compañía* (en el juicio arbitral antes citado), México, Tipografía Económica, 1902, pp. 1 a 6.

⁵¹ *Ibidem.*

titular de la presa de Santa Rosa; en este entendido, don Juan N. Flores estaba transmitiendo al Tlahualilo un derecho de aprovechamiento de aguas del que no era definitivamente titular.⁵² Como complemento a la operación inmobiliaria original, el 13 de febrero de 1888 se protocolizó una nueva escritura en la que se dio fe de la compraventa por parte de la Compañía del Tlahualilo al señor Flores de otro sitio de ganado mayor en la zona del Tlahualilo; así, el terreno sobre el que la empresa realizaría su objeto quedó compuesto por 26 sitios de ganado mayor.⁵³

El 15 de enero de 1889 la escritura de la sociedad fue modificada y en su texto se especificó que el capital social quedaba compuesto por 52 acciones de 5,000 pesos cada una. En el protocolo se hizo constar que el objeto de la sociedad sería la construcción de un canal y el cumplimiento del contrato de colonización celebrado con la Secretaría de Fomento, con efectos desde el 6 de junio de 1888.⁵⁴

Para 1990, los socios del Tlahualilo decidieron aumentar el capital inicial de doscientos sesenta mil pesos y lo elevaron a setecientos ochenta mil pesos. Por aquel año la Compañía contaba ya con la concesión que el Gobierno Federal le había otorgado y, concluido el canal de traslado hasta las tierras del Tlahualilo, los accionistas juzgaron conveniente modificar las bases jurídicas de la empresa y la transformaron en una sociedad anónima. La nueva persona jurídica se constituyó en la Ciudad de México y llevó como razón la de "Compañía Agrícola, Industrial Colonizadora Limitada del Tlahualilo, Sociedad Anónima".

La nueva sociedad recibió como patrimonio los bienes de la antigua compañía del Tlahualilo, sólo que las acciones se revaloraron y en lugar de totalizar los setecientos ochenta mil pesos que representaban el capital original, éste se consideró desde entonces en una cifra de dos millones seiscientos mil pesos. El incremento no representó ningún desembolso para los accionistas; en realidad, de cada 1 000 pesos del capital sólo había 300 pagados efectivamente; los otros 700 simbolizaban un valor ficticio.⁵⁵

Los socios fundadores de la empresa no hicieron tampoco erogaciones efectivas para adquirir los terrenos del antiguo vaso del Tlahualilo. La compraventa se efectuó a un plazo de diez años. Antes

⁵² VERA ESTAÑOL, J., *op. cit.* (10), pp. 52 a 61.

⁵³ *Vid., supra* (nota 50).

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ VERA ESTAÑOL, J., *Alegato, op. cit.* (50), pp. 34 a 36 y 51.

de que las tierras estuvieran pagadas la compañía les asignó un valor en libros de \$1'780,000; muy distinto al de \$260,000 que fue en efecto el monto de la operación.⁵⁶

Sustentada en una gran ficción, la Compañía del Tlahualilo estuvo pronto en la necesidad de contratar empréstitos, tanto con bancos nacionales como con alguno de sus accionistas.⁵⁷ La imposibilidad de la empresa para redimir sus deudas, exigió de sus socios aportaciones continuas que en rigor no estaban obligados a afectar, puesto que sus acciones se registraban completamente pagadas en los libros de la Compañía.⁵⁸ Hacia 1896, ante el temor de perder sus inversiones, los socios autorizaron al señor Juan Llamedo a negociar con banqueros ingleses un crédito de 400 mil libras esterlinas. El señor Llamedo, para entonces, había ya explorado el mercado financiero londinense y encontrado al señor Mackie, quien aceptó intermediar la operación crediticia. Finalmente, el negocio se llevó a cabo por un monto de 350 mil libras esterlinas y el responsable del sindicato de prestamistas fue el señor James Brown Potter, a quien se garantizó el 13% de las acciones que representaban el capital social del Tlahualilo como pago a su corretaje financiero.⁵⁹

El empréstito conseguido en el mercado londinense tuvo como objeto formal amortizar las deudas comerciales y fomentar las actividades agrícolas de la negociación. El Consejo de Administración de la empresa, discurrió traicionar el sentido original del crédito y aceptó que con parte del dinero el señor Llamedo les pagara el precio de sus acciones.⁶⁰ Vera Estañol, abogado patrono de la Compañía en los albores del presente siglo, en uno de sus alegatos como representante del Tlahualilo, afirma que Llamedo prefiguró las cosas para vender en varios millones las acciones de las que había quedado dueño al adquirirlas de sus tenedores originales, con una parte del dinero del empréstito inglés.⁶¹

La suspicacia de los tenedores de los bonos de la deuda provocó que se alistaran y ordenaran supervisiones en la administración de la empresa mexicana. Al constatar el señor James Brown Potter a nombre de los prestamistas, la trama de Llamedo, procedió a desarmarla

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*, pp. 37 a 53.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

y, como resultado, los tenedores de bonos (*trustees*) asumieron el control de la Compañía en el año de 1899. Legalmente, sin embargo, no fue sino hasta 1903 que los *trustees* ingleses y norteamericanos quedaron ya como accionistas efectivos de la Compañía y decidieron iniciar la reactivación de sus operaciones.⁶² Para los acreedores ingleses y norteamericanos el arribo a la Compañía del Tlahualilo supuso la sentencia favorable en un juicio que duró cuatro años y, además, la constitución de una sociedad inglesa, registrada como "*The Mexican Cotton States of Tlahualilo, Ltd*", que fue la persona jurídica que finalmente compró los activos de la sociedad mexicana en 1903.⁶³ Como un dato que no debe soslayarse en la vida de la compañía hay que mencionar la adquisición de la hacienda de San Fernando que se compró a la testamentaria de Juan Nepomuceno Flores. La decisión para adquirir el fondo citado fue asumida por los socios del Tlahualilo en una asamblea que se celebró el 11 de septiembre de 1890. El precio pactado para la operación fue de 250,000 pesos. Cabe aclarar que el contrato no fue protocolizado sino hasta bien entrado el año de 1896.⁶⁴ Este desfase entre el acuerdo privado y el momento en que el acto tuvo efectos contra terceros por su correspondiente registro, generó confusiones que permitieron a la compañía argumentar, cuando intentó la ampliación de la cortina de la presa de San Fernando, que las obras se realizaran por cuenta de la testamentaria de don Juan N. Flores.⁶⁵

Accidentes aparte, la adquisición de la hacienda de San Fernando y de la presa adjunta dio a la Compañía del Tlahualilo un margen de maniobra mucho mayor que aquel derivado exclusivamente de la concesión de 1888. Con la titularidad de San Fernando la Compañía se convirtió en genuina propietaria ribereña. Aún así, debía deslindarse el agua que la empresa podía tomar directamente y de forma prioritaria como derechohabiente de San Fernando —sólo la suficiente para regar un sitio de terreno, que era la superficie de la Hacienda— de aquella que le correspondía como concesionaria del Gobierno Federal.⁶⁶

⁶² *Ibidem.*, pp. 88 a 103; y también KROEBER, Clifton, *op. cit.* (41), pp. 438 y 439.

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos*, *op. cit.* (10), pp. 434 y 436; también Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, *op. cit.* (44), pp. 154 y 155.

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, *op. cit.* (10), pp. 435 y 436.

La adquisición de la Hacienda de San Fernando fue sugerida —según dicho de un representante de la empresa— por el ministro de Fomento, General don Carlos Pacheco, en 1890. El propósito era conferir a la Compañía un control efectivo sobre la toma de San Fernando y evitar con ello la resistencia que la sociedad del Tlahualilo pudiera oponer a la primera reglamentación administrativa para la distribución de las aguas del Nazas que se produjo en 1891.⁶⁷

La compra de San Fernando no trajo para el Tlahualilo el efecto deseado puesto que después de 1895 se fijó una cuota proporcional a la Hacienda de San Fernando de acuerdo a sus posibilidades reales de irrigación en la superficie exclusivamente de su territorio.⁶⁸

Su carácter de propietaria ribereña condujo más tarde a la Compañía a sostener argumentos ambiguos en sus planteamientos judiciales. Por una parte, adujo la preferencia de la concesión sobre los títulos "incierto" de los ribereños del Nazas; por otra parte, se plantó en su condición de titular contiguo a la ribera e intentó defender el derecho de preferencia que la Hacienda de San Fernando había sostenido desde 1848.⁶⁹ La defensa de la compañía no se encaminaba a defender solamente el agua que podía aprovechar en San Fernando, sino en realidad, a obtener el reconocimiento de tomar el agua necesaria para irrigar los terrenos del Tlahualilo a través de las tomas preferentes de San Fernando.

La Compañía del Tlahualilo respondía al perfil de las empresas modernas; su proyecto superaba en alcance y ambiciones a cualquier otra explotación de la comarca. Aunque las 44,000 hectáreas que comprendían los terrenos de la empresa se encontraban de hecho divididas en varias haciendas, las tareas agrícolas del Tlahualilo conservaron criterios unitarios para la administración y al irrigación de las tierras. Asimismo, sus socios fundadores intentaron realizar una explotación integral del algodón producido en sus terrenos, del cual, una parte se destinaría al abasto del mercado de la industria textil, pero otra, sería directamente aprovechada por la empresa en la fabricación de aceite y pastilla de semilla de algodón. La compañía instaló también sus propias despepitadoras y prensas de vapor con objeto de mantener un control completo sobre el proceso productivo del algodón.⁷⁰

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ *Ibidem.*, cap. X.

⁷⁰ MEYERS, William, *op. cit.* (47), p. 199.

El equipo industrial que se utilizaba en el Tlahualilo era congruente con la calidad de la infraestructura hidráulica que se empleaba. La red de canales correspondía a un trazo premeditado y racional. También el problema de la transportación del producto tenía resoluciones adecuadas porque la empresa previó la construcción de un ramal del ferrocarril que llegaba a Zaragoza y, para trasladar el algodón dentro de sus terrenos, se construyeron varios ramales de vía angosta, de tal forma que toda la transportación quedó garantizada a través de vías férreas.⁷¹

En cuanto a la organización de las relaciones laborales la compañía fue factor importante de modernización dentro de la Laguna. De ocho mil trabajadores tuvo dos mil contratados en forma permanente y alrededor de seis mil en la modalidad de trabajadores eventuales. Unos y otros recibían salario diariamente y en moneda de curso legal.⁷² En este hecho es posible identificar la gestación de un tipo de proletariado agrario que en años se significaría en las luchas por la colectivización de la tierra en la Laguna.

Los dos flancos más débiles de la Compañía del Tlahualilo fueron, sin duda: la dependencia de los capitales externos, ya que su inversión estuvo sustentada casi siempre en empréstitos y, por otra parte, el carácter aleatorio de sus derechos sobre el agua, en virtud de que la concesión de junio de 1888 fue interpretada por el Gobierno Federal en términos cada vez más restrictivos.

Hacia fines de la primera década de este siglo la rentabilidad y la pujanza de la compañía eran mitos absolutamente desprestigiados. La sociedad del Tlahualilo cargaba para entonces el peso de insuficiencia del agua dentro de la comarca lagunera y, lógicamente, la inconformidad de los comarcanos que no encontraban justificado el traslado de los escasos afluentes del Nazas a terrenos situados en una zona externa a la cuenca del río. Sin embargo, sujeta a innumerables vaivenes, la compañía logró sobrevivir hasta la administración cardenista; en ese periodo presidencial se decretó la expropiación de todas las tierras laguneras y, como el Tlahualilo había unido ya su destino a éstas, también resultó afectado por el acto del General Cárdenas.⁷³

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

⁷³ DE MENDIZÁBAL, J.O., *op. cit.* (5), p. 249 y ss.

3.2. La Concesión

Desde que la compañía adquirió los terrenos del vaso de Tlahualilo, en el contrato que celebró con Don Juan N. Flores, quedó especificado que el vendedor trasladaba también los derechos para que el adquirente tomara, de la presa de San Fernando, el agua necesaria para la irrigación de sus tierras. Ya mencionamos que, en razón del convenio que Juan N. Flores signó con Juan Ignacio Jiménez en 1852, el primero reconocía que el agua excedente de la presa de San Fernando debía dejarse correr para que pudiera derivar a la presa de Santa Rosa y de allí a las inferiores.⁷⁴ Según los términos del convenio invocado, don Juan N. Flores carecía de facultades para enajenar a la Compañía del Tlahualilo el agua sobrante de la presa de San Fernando; lo que sí pudo autorizar el señor Flores, fue la construcción del canal de traslado en la parte que éste debía correr en la superficie de sus tierras.

Los socios del Tlahualilo comprendieron que no podían exponer una inversión cuantiosa de recursos, sostenidos sólo por un título jurídico dudoso en cuanto al aprovechamiento del agua; en tal virtud, iniciaron trámites para solicitar al Gobierno Federal una concesión que les permitiera fundar adecuadamente el derecho a construir un canal y a tomar el agua del Nazas para irrigar sus tierras. La idea, sin embargo, no era de fácil ejecución; en primer lugar, porque la jurisdicción sobre los asuntos laguneros, inclusive de las cuestiones vinculadas con el Nazas, correspondía a los ámbitos locales de los estados de Durango y de Coahuila. Hasta entonces no existía ninguna disposición legal que sustentara la injerencia de la Federación dentro de la comarca; tan es así, que las disputas surgidas en 1880 por los actos de Santiago Lavín al ampliar éste la cortina de la presa de Santa Rosa, fueron dirimidas en un litigio ante la Suprema Corte de Justicia en el que participaron las dos entidades federativas como partes contendientes.⁷⁵

Para superar las dificultades jurisdiccionales, los asesores del Tlahualilo deben haber pensado manejar el asunto de la concesión de aguas como si se tratara de una empresa de colonización. Para entonces ya las cuestiones sobre baldíos eran manejadas centralmente

⁷⁴ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, op. cit. (10), p. 54.

⁷⁵ GUERRA, Eduardo, op. cit. (7), pp. 294 y 295.

y, sin duda los aspectos referidos al poblamiento y a la inmigración caían en la competencia federal.⁷⁶

Pero la compañía no sólo tuvo que superar problemas jurídicos para satisfacer sus propósitos, también, y de manera más constante, enfrentó la resistencia política de los ribereños del Nazas que fueron, desde luego, contrarios a la concesión.⁷⁷

La primera gestión oficial ante la Secretaría de Fomento la realizó el señor Ángel Hernández en calidad de socio y representante de la compañía. En un ocurso fechado el 20 de octubre de 1885, el mencionado señor Hernández exponía al General Pacheco que la empresa del Tlahualilo tenía la necesidad de reparar la cortina de la presa de San Fernando y de construir un canal con una bocatoma para hacer fluir el agua desde el cauce del río Nazas hasta los terrenos de la compañía.⁷⁸ Este primer intento parece no haber tenido respuesta favorable y, por ello, el 20 de enero de 1887, Antonio Stens, en representación de la sociedad del Tlahualilo, insistió en la petición ante el Presidente de la República.⁷⁹ El escrito del señor Stens manejó ambiguamente la naturaleza del acto que pretendía provocar; por un momento el fin que la solicitud perseguía quedó definido como una *concesión* para trasladar y aprovechar el agua del Nazas en el riego de sus terrenos; sin embargo, a continuación, el mismo señor Stens rectificaba para referirse a la *autorización solicitada*.⁸⁰ El manejo inseguro de estos términos, jurídicamente bien diferenciados, revela que no existía claridad plena en relación con el tipo de acto de autoridad que debía emitir el Gobierno Federal para garantizar la seguridad de la inversión en el Tlahualilo.⁸¹

En ninguna de las peticiones iniciales los representantes del Tlahualilo esgrimieron consideraciones relacionadas con el propósito de la colonización. Esta omisión refuerza la idea de que los fines poblacionistas de la Compañía fueron más un recurso para provocar la injerencia federal que un móvil auténtico de la empresa.

Con agudeza, Vera Estañol señala que en ninguna de las peticiones se precisa alguna cuota determinada de agua, ni tampoco se expresa que los derechos de aprovechamiento concedidos a la Compañía,

⁷⁶ Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, op. cit. (44), p. 107.

⁷⁷ Vid., por ejemplo, VIESCA LOBATÓN, F., op. cit. (17), pp. 138 y ss.

⁷⁸ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, op. cit. (10), pp. 96 y 97.

⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 97 a 100.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

deberían entenderse como preferentes a las prerrogativas de algunos de los ribereños del Nazas.⁸²

Los argumentos que la Compañía sí virtió en apoyo de sus peticiones, fueron los relativos a la conveniencia política de que una zona desértica fuera rehabilitada para la vida productiva del país. Se decía también que la extensión —44,000 hectáreas— que la Compañía pretendía explotar, era superior a la superficie que en conjunto aprovechaban los comarcanos dentro de la Laguna. Asimismo, la sociedad del Tlahualilo se refirió a los “dos o tres” propietarios inconformes con su solicitud, argumentando que el agua que acarreaban las avenidas del Nazas era más que suficiente para satisfacer las necesidades laguneras y las del Tlahualilo.⁸³

Un complemento de las solicitudes iniciales de la Compañía es, sin lugar a dudas, el escrito firmado por José de Teresa y Miranda en nombre de la sociedad, mediante el cual el suscriptor refutaba las objeciones que se habían hecho valer por algunos interesados a la petición del Tlahualilo. En este ocurso se menciona que la decisión de la Secretaría de Fomento —que ya se perfilaba favorable— no constituía un acto irresponsable, sino que se encontraba apoyada en los dictámenes sucesivos de las comisiones que la autoridad había designado para opinar sobre la conveniencia de otorgar la concesión al Tlahualilo, en virtud de que existían dudas sobre la suficiencia del agua del Nazas para irrigar los terrenos de la Laguna.⁸⁴

Los razonamientos de los representantes de la Compañía trazaron siempre una imagen de conveniencia pública a raíz de la concesión y fueron explícitos al indicar que su petición desde ninguna perspectiva implicaba la afectación de los derechos de terceros.⁸⁵ En esto, la sociedad del Tlahualilo se inscribía puntualmente dentro de la tradición mexicana en materia de concesiones; incluso las mercedes reales en tiempos del virreinato funcionaron siempre bajo la condición de otorgarse sin perjuicio de terceros. En el caso que nos ocupa la ligazón del argumento quedó establecida así: si el río Nazas acarrea un flujo de agua mayor al necesario para satisfacer las necesidades de irrigación de los agricultores situados dentro de su cuenca, no resultaría perjudicial la concesión del Gobierno Federal para que la Com-

⁸² *Ibidem.*, p. 100.

⁸³ Compañía Agrícola... del Tlahualilo, *op. cit.* (27), pp. 9 a 11.

⁸⁴ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, *op. cit.* (10), pp. 116 a 125.

⁸⁵ *Vid., supra* (nota 83).

pañía del Tlahualilo pudiera regar sus tierras, llevando el agua precisamente desde el Nazas.

Hay un factor en la argumentación que a la larga produjo la disfunción del planteamiento: la idea de que las condiciones de explotación algodonera en la Laguna eran constantes, cuando en realidad fueron variables. Posiblemente en el tiempo que la Compañía solicitó la concesión para aprovechar las aguas del Nazas, existían efectivamente circunstancias de suficiencia que hubieran permitido la irrigación adecuada y simultánea tanto de los predios ribereños como de los terrenos de la Compañía. Pero justo en aquel tiempo se abrían al cultivo tierras eriazas en la ribera baja del río. Hoy resulta claro que, en promedio, los volúmenes torrenciales del Nazas no eran tan bastos como para soportar la atención simultánea de los ribereños que finalmente explotaron la cuenca del río y, mucho menos, para surtir agua a los terrenos del Tlahualilo. En una década, de 1885 a 1895, las tierras cultivables dentro de la comarca prácticamente se habían triplicado.

Buena parte del fondo que en años posteriores sustentó el litigio del Tlahualilo, estuvo vinculado a la siguiente disyuntiva: a) la concesión del 5 de junio de 1888 se otorgó sólo para aprovechar sobrantes y, en este caso, eran preferentes los desechos de los ribereños del Nazas, incluso de aquellos que en el momento de la concesión no habían abierto sus terrenos al cultivo; o bien, b) debía entenderse que los derechos del Tlahualilo quedaron establecidos a partir de que se convalidó la concesión y, en este segundo supuesto, sus prerrogativas deberían considerarse prevalecientes sobre las de aquellos agricultores laguneros que ingresaron con posterioridad a la repartición del agua.

En el primero de los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, la propiedad de las tierras ribereñas es valorada como factor determinante para el aprovechamiento del agua; así, el único sistema posible para establecer su distribución es el de la derivación de excedentes. En la segunda proposición, queda implícito el reconocimiento de dos tipos distintos de derechos sobre el agua, a saber: el que deriva de la propiedad, que sólo corresponde a los feudos ribereños, y el que parte del título de concesión, que según la Compañía es equivalente al derecho de propiedad, pero que sin embargo la doctrina siempre ha mantenido en un escaño distinto.

Más adelante, en la demanda que inició el litigio del Tlahualilo, la Compañía va a encaminar sus argumentos a establecer dos cuestiones: por una parte, que los derechos de los ribereños sobre el agua en la mayoría de los casos resultaban inciertos, porque en las mercedes otorgadas al marqués de Aguayo, no se especificó la posibilidad de acceso concreto a las aguas del Nazas, ya que su cauce era fluctuante y, en aquel entonces, el río no atravesaba la comarca en la misma forma, pues los torrentes iban a desembocar al vaso del Tlahualilo. Si los derechos de los ribereños eran dudosos y sólo podían fincarse en una base prescriptiva, los de la Compañía en cambio, eran explícitos y tenían origen en un título reciente.⁸⁶ Por otra parte, la sociedad del Tlahualilo razonó que era imposible establecer el perjuicio de terceros, eventualmente ocasionado por su concesión, en virtud de que, cuando el título se otorgó, no existía ninguna precisión sobre el monto y la forma de esos intereses. El perjuicio a terceros sólo podría haber tenido una base de cálculo real si se hubiera establecido en relación con los terrenos cultivados; nunca, vinculando las apreciaciones a las tierras cultivables, puesto que no se tenía ninguna previsión sobre ellas.

Una vez considerados los aspectos jurídicos de fondo que con la concesión quedaban a debate, es necesario regresar a la reseña sobre las condiciones específicas de su otorgamiento. El primer contrato entre la Compañía y el Gobierno Federal fue suscrito el 14 de abril de 1887; sin embargo, desde esa vez el ministro de Fomento que actuó como representante de la parte oficial, consideró que el Ejecutivo carecía por sí de facultades para otorgar la concesión a la empresa, toda vez que se trataba de un río sujeto a jurisdicciones locales. Por este motivo, el General Pacheco sugirió al Presidente que la concesión fuese enviada al Congreso de la Unión para que se revistiera del carácter de ley. Situado el contrato en el Congreso, se intensificó la impugnación de los ribereños de Coahuila, y fue tal su encono, que motivó al Gobierno Federal a pedirles que integraran una comisión para que, conjuntamente con la Compañía del Tlahualilo, pudieran establecer si la concesión era inocua o, por el contrario, les causaba perjuicios.⁸⁷ Este proceso motivó diversos peritajes que finalmente ayudaron al Gobierno a decidirse por el otorgamiento de la concesión.⁸⁸ De hecho, se produjo un acuerdo entre el Tlahualilo y la

⁸⁶ *Op. cit.* (27), pp. 115-116.

⁸⁷ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, *op. cit.* (10), p. 120.

⁸⁸ *Op. cit.* (27), pp. 17 a 21.

Comisión de Coahuila y las bases de esta convención quedaron incorporadas en la cláusula quinta del contrato entre la Compañía y el Gobierno Federal.⁸⁹

Ya rectificadas la concesión fue suscrita el 2 de junio de 1888 por el General Pacheco, Secretario de Fomento, en representación del Gobierno Federal. Como mandatario de la Compañía estampó su firma el señor José de Teresa y Miranda. Francisco Bulnes en *El verdadero Díaz y la Revolución* subraya el hecho de que el citado José de Teresa era con cuñado del Presidente y que este vínculo fue decisivo para la proclividad del Gobierno en relación con la Compañía.⁹⁰

Aun solucionado el conflicto de intereses con los propietarios coahuilenses, quedaba al Gobierno la tarea de configurar un marco jurídico para fundar la concesión. Así, el Congreso conocía, simultáneamente con los avatares del contrato del Tlahualilo, del proyecto de Ley para determinar "Cuáles son vías generales de comunicación".⁹¹ Cabe aclarar que, en la tradición romanista, los ríos navegables siempre fueron considerados bienes de uso común, precisamente porque se les reconocía el carácter de vías generales de comunicación. Al estar dictaminando sobre la Ley citada, el Congreso tuvo a bien incluir un enunciado en el artículo 1o. en que se dispuso que serían consideradas como vías generales de comunicación: "Los lagos y ríos de cualquier clase y en toda su extensión que sirvan de límites a la República o a dos o más Estados de la Unión".⁹² El pretexto que se arguyó para intercalar esta disposición tuvo que ver con el conflicto sobre límites que en 1880 planteó el Estado de Coahuila contra Durango, por obras realizadas en la ribera del Nazas. Con este matiz de la norma, el río Nazas quedó incorporado a la jurisdicción de la Federación y, por ende, el Gobierno de la República pudo legitimar sus injerencias en la comarca lagunera.⁹³

Tan precipitados fueron los acontecimientos narrados en los párrafos precedentes, que la Ley mencionada se promulgó el 5 de junio de 1888, mientras que la ratificación de la concesión del Tlahualilo por el Congreso tuvo efectos apenas un día después; es decir, el 6

⁸⁹ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, *op. cit.* (10), pp. 159 a 162.

⁹⁰ BULNES, Francisco, *El verdadero Díaz y la revolución*, México, Ed. Valle de México, S.A., 1979, p. 269.

⁹¹ Ley de 5 de junio de 1888. "Cuáles son vías generales de comunicación", en PALLARES, Jacinto (Comp.), *Legislación Federal Complementaria del Derecho Civil Mexicano*, México, tipografía artística de R. Riverol 1897, pp. 422 y 423.

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.* (Vid. artículo 2º).

de junio de ese mismo año. Este ejercicio de legitimidad contra reloj dejó en el trayecto algunos vicios jurídicos que la historia se ha negado a ocultar. El contrato-concesión fue suscrito por el Ejecutivo el 2 de junio, hecho del que claramente podemos inferir que la acción del Presidente fue inconstitucional, así los efectos de la contrariación al Texto de la Carta hayan durado apenas unos cuantos días. El carácter jurídicamente espurio de la concesión fue perfectamente captado por la pluma crítica de Francisco Bulnes, quien denunció —en *El Verdadero Díaz*— el atropello a la Constitución.⁹⁴

Además de los “bemoles” constitucionales, la inserción de los “ríos límite” y de los “ríos frontera” en la ley que regulaba las vías de comunicación fue desde luego un desacierto técnico. Por más que esa clase de afluentes merecieran el arbitraje directo de la Federación, fue inexplicable que los legisladores decidieran, para conseguir su propósito, endilgarles un concepto que ni con toda la violencia semántica podía englobar su naturaleza.

Si volvemos la vista al contrato en sí, los elementos que mejor destacan son los siguientes:

a) Los cuatro primeros artículos se refieren a la autorización del Gobierno Federal para establecer colonias en los terrenos del Tlahualilo;

b) El artículo quinto es el que establece la concesión de aguas propiamente dicha y las circunstancias que condicionan el otorgamiento. El agua se concede para riego de los terrenos, para el consumo humano de las poblaciones y para el consumo de las industrias que la Compañía llegase a establecer en sus tierras. El agua debería trasladarse por un canal cuya apertura y mantenimiento corren a cargo de la Compañía. Dentro del artículo quinto se especifican las bases técnicas de la concesión, tales como: dimensiones del canal, circunstancias del vertedor y obras tendientes a la conservación de la bifurcación del río, en virtud de que entonces la presa de San Fernando bloqueaba sólo uno de los dos ramales en los que se dividía el cauce del Nazas a esa altura.

c) Se fijaron condiciones para el cumplimiento en la ejecución de las obras y para la supervisión de éstas por parte del Gobierno Federal;

d) Se establecieron garantías y plazos de ejecución para el cumplimiento del contrato, así como las causas que provocarían su caducidad;

e) También se pactaron franquicias y privilegios para la Compañía en materia fiscal, así como una cláusula *sui generis* en la que se estableció que el Gobierno prestaría a la empresa “el apoyo moral y material que esté dentro de su posibilidad, cuando aquella lo solicite, para vencer los obstáculos que puedan presentársele al llevar a cabo el contrato”.⁹⁵

Como se puede apreciar la concesión fue imprecisa en algunos aspectos fundamentales. Por ejemplo, no especificó cuotas o rangos para establecer el volumen de agua que podía aprovechar la Compañía. Tampoco mencionó —aunque así se deduce de los actos preparatorios— que la concesión era específicamente de sobrantes o excedentes de agua. Luego, a pesar de que el artículo quinto en las condiciones de ejecución de la boca-toma y del canal garantiza de algún modo la no afectación de los derechos de terceros, en ninguna parte del cuerpo del documento se asienta expresamente que la concesión se otorga sin perjuicio de terceros. De la lectura del contrato está prácticamente ausente el contexto lagunero; sólo porque sabemos que las bases de ejecución del artículo quinto se incluyeron para dar satisfacción a las inconformidades de los ribereños coahuilenses podemos afirmar que, al menos ese punto de armonización con la realidad de la Laguna, sí tuvo la concesión.

Al ser omiso el contrato en relación con los derechos que debían entenderse como preferentes al de la Compañía se dio pauta para que, a través de sus lagunas, se desarrollaran todos los conflictos de interpretación que la inteligencia humana de ese tiempo y de aquella región fue capaz de proyectar. El trabajo litigioso dio origen a un verdadero caudal de ensayos técnicos y hasta de esfuerzos científicos para esclarecer los derechos de los ribereños. Gracias a este conjunto de intentos analíticos podemos hoy conocer con un buen grado de

⁹⁵ Contrato entre el General Carlos Pacheco, Secretario de Fomento, en representación del Ejecutivo de la Unión, el C. José de Teresa Miranda, en representación de la Compañía Agrícola Limitada, llamada del “Tlahualilo”, para establecer colonias en los terrenos de la propiedad particular de dicha Compañía, en el Bolsón de Mapimí, Estado de Durango (tomado de la publicación de la Demanda que efectuó la Compañía, op. cit. (15), pp. 306 a 310).

⁹⁴ BULNES, F., op. cit. (90), p. 269.

precisión la forma en que se gestó y adquirió sus perfiles definitivos el régimen jurídico de aguas en nuestro país.

Como última cuestión relacionada con la concesión, destaca la forma contractual tan ortodoxa en la que se envolvía a este tipo de actos durante el siglo XIX. De plano se consideraba, por los juristas de aquel tiempo, que el Gobierno horizontalizaba su nivel y contrataba en un plano de equivalencia real con los particulares. Este hecho no dejaba de tener un cierto carácter paradójico, sobre todo si se piensa que los mismos abogados convencidos de esa tesis, concedían que el contrato, al ser ratificado por el Congreso, recibía una suerte de inmolación jurídica que lo elevaba al rango de las leyes. Sea como fuese, el principio del *res inter alios acta*, por el hecho de la participación del Gobierno en el contrato, se veía importantemente corroído.

El descenso del Gobierno al ámbito de los sujetos privados lo exponía a que los conflictos judiciales tuviera que enfrentarlos en la vía civil. Aun en los márgenes estrechos de los litigios civiles, el Gobierno era capaz de romper la simetría y de introducir en los procesos peculiaridades importantes cuando contendía como parte. Sin embargo, el ejercicio de dirimir la responsabilidad de sus actos en una vía tan técnica como la privada, implicaba un esfuerzo importante que colaboraba a mantener en un buen nivel jurídico la expresión de las acciones de Gobierno.

4. EL LITIGIO

4.1. *Los antecedentes directos*

Entre la década postrimera del siglo pasado y la primera del actual se produce una conjugación de factores que resultan adversos a la Compañía del Tlahualilo, de tal modo, que sus posibilidades de aprovechar el agua del Nazas en la irrigación de sus terrenos fue reduciéndose, hasta el grado de que la concesión sólo le garantizaba cuotas residuales de agua, desde luego insuficientes para el cumplimiento de sus tareas productivas. El viacrucis de la Compañía del Tlahualilo empieza a esbozarse cuando, a raíz de la promulgación de la Ley de 6 de junio de 1888, los ribereños del Nazas presentan más de 90 solicitudes para que les fueran confirmados sus derechos sobre los afluen-

tes del río; tanto de los que venían aprovechando, como de los que podrían utilizar con la apertura de nuevos espacios al cultivo.⁹⁶

Considerando que la expansión de las explotaciones algodonerías podría aparejar conflictos regionales de monta, el Secretario de Fomento intentó, en 1890, conciliar los intereses de los propietarios y dejar, de paso, sentadas algunas bases precisas para normar los aprovechamientos del Tlahualilo. Para cumplir su propósito, el General Pacheco envió al Ingeniero Ibarrola, a quien trasmitió el encargo de evaluar las posibilidades de establecer un sistema concertado para la distribución de las corrientes del Nazas.⁹⁷ Los ribereños, con ese fin, se reunieron varias ocasiones y, algunas veces, fue el propio Pacheco quien presidió las sesiones. Los esfuerzos conciliatorios del Secretario de Fomento fueron muy destacados, incluso llegó a proponer al conjunto de ribereños un proyecto de bases de acuerdo. Hubo sin embargo reticencias en algunos de los propietarios y, éstos, a su vez, ocasionaron retrasos en la suscripción del acuerdo. Con las cosas en estado de suspenso se produjo la renuncia del General Pacheco a la Secretaría de Fomento; el nuevo titular ya no insistió en las bases convencionales y se decidió por expedir un Reglamento administrativo que fijara de manera central los derechos de los ribereños del Nazas. El instrumento normativo recogió los avances que por las gestiones del General Pacheco se habían logrado y también las propuestas técnicas que arrojaron las observaciones del Ingeniero Ibarrola; de hecho fue a éste a quien cupo el mérito mayor por la autoría del documento.

La insistencia del General Pacheco por conseguir una solución negociada estaba motivada por el temor de emitir un reglamento en que se precisaran operativamente los derechos proporcionados de los ribereños al uso del agua, cuando los títulos en que éstos sustentaban sus pretensiones no estaban esclarecidos por completo. En la intención de Pacheco es muy nítida la convicción de que la solución a los problemas laguneros no podía originarse en un acto netamente vertical, ello, porque el espíritu de la Ley del 6 de junio de 1888, se orientaba a respetar los derechos de los ribereños, definidos con anterioridad a la expedición de la Ley. El reglamento en el que Pacheco pensaba como solución de última instancia no se concebía como un instrumento constitutivo de derechos, sino básicamente como un régimen para armonizar las vías operativas de los derechos ya existentes.

⁹⁶ Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, op. cit. (44), pp. 106-107.

⁹⁷ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, op. cit. (10), pp. 298 y 299.

El Reglamento *provisional* que se emitió en 1891 confirió al Tlahualilo un lugar preferente en el acceso al agua, toda vez que su toma partía de la primera presa del Nazas ubicada en la región lagunera. Aquí vale la pena mencionar una observación atinada que Vera Estaño expuso en sus alegatos. Vera destaca que la definición que el reglamento de 1891 hizo a favor del Tlahualilo tuvo como base un juicio erróneo.⁹⁸ En los cálculos que sirvieron de sostén al Ingeniero Ibarrola para fijar las cuotas de acceso a los derechohabientes, se concluía que las aguas del Nazas eran suficientes para cubrir las necesidades existentes en la comarca y, que el Tlahualilo, no haría sino disponer parcialmente de los sobrantes.⁹⁹ La variabilidad de las condiciones por los terrenos que seguían abriéndose al cultivo nos debe imponer cierta cautela para otorgarle a Vera Estaño la razón completa; lo que sí está fuera de duda es que el autor técnico del reglamento provisional reconocía que sus cálculos eran en realidad aproximaciones que la misma práctica iría ayudando a confirmar.¹⁰⁰ Como fuese, el Reglamento de 1891 daba al Tlahualilo un volumen superior al 20% de las aguas totales del Nazas.¹⁰¹ Esta solución no podía resultar deseable para los ribereños propiamente dichos; su inconformidad tuvo una gestación expedita y con firmeza buscaron, a partir de 1893, la rectificación del Reglamento.¹⁰²

Conviene esclarecer que el canal del Tlahualilo quedó concluido el 2 de julio de 1890; en esa fecha, la Compañía pidió autorización a la Secretaría de Fomento para abrir sus compuertas. La autoridad no accedió de pronto a la petición del Tlahualilo porque la empresa no había cumplido con la ejecución de las obras consignadas en el artículo 5º del contrato-concesión. La Compañía insistió en la solicitud pidiendo la gracia de la Secretaría de Fomento, a la que expuso sus razones por no haber realizado aún las obras a las que estaba obligada. La Secretaría de Fomento ordenó una inspección al Ingeniero Ibarrola y éste, finalmente, opinó que el canal podía iniciar su operación sin riesgo inmediato para los ribereños del Nazas. La Compañía empezó a recibir agua en sus terrenos durante el mes de octubre de 1890. Ello quiere decir que, cuando el General Pacheco negociaba para establecer un sistema convencional y autogestionario de distri-

⁹⁸ *Ibidem.*, pp. 229 a 263.

⁹⁹ *Ibidem.*, p. 229.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, pp. 314 y 315.

¹⁰¹ *Ibidem.*, pp. 318 a 334.

¹⁰² *Ibidem.*

bución, todavía no se contaba con la experiencia concreta de la operación del canal del Tlahualilo. Sin embargo —y en esto conferimos razón a Luis Cabrera— el Reglamento de 1891 precisó la cuota de la Compañía, confirmó también los derechos que podrían ejercerse a través de las otras presas y canales; lo que no estableció ni podía establecer eran los derechos concretos de los cultivadores futuros.¹⁰³

En la ribera inferior del Nazas, durante los años de gestación del primer reglamento, la mayoría de las explotaciones se encontraban apenas en periodo de desarrollo. Por esta razón las definiciones a favor de la Compañía del Tlahualilo no afectaban en ese momento sino a expectativas futuras.

El Reglamento provisional de 1891 favorecía a los propietarios de la ribera superior porque a éstos pertenecían los títulos y las explotaciones más antiguas y porque su situación topográfica les había otorgado desde siempre esa preeminencia; beneficiaba también a la Compañía del Tlahualilo, no por la antelación de sus derechos, sino porque la posición topográfica de su bocatoma así lo propiciaba. No se trataba de definir preferencias; el reglamento sólo ordenaba cuotas para derechohabientes que de todas maneras verían colmadas sus necesidades hidráulicas, en virtud de que se suponía la suficiencia del Nazas.

La situación privilegiada del Tlahualilo fue un factor propiciatorio para que la animadversión de los ribereños creciera en su contra y se consolidara. Todos los comarcanos se unieron para presionar al Gobierno Federal y le exigieron modificaciones al Reglamento vigente. Así, todavía bajo la batuta del Ingeniero Ibarrola, se preparó el Reglamento que se denominó definitivo y que se emitió en el año de 1895.¹⁰⁴ En este nuevo instrumento la Compañía resultó postergada, ya que sólo podía tener su gasto cuando los otros ribereños, incluso los que se beneficiaban de canales no reconocidos en el Reglamento de 1891, habían, a su vez, asumido su gasto normal.¹⁰⁵ El Reglamento definitivo conservó todavía el criterio de que la autoridad administrativa no era un árbitro supremo de los derechos sobre el agua, sino un componedor de las circunstancias para su ejercicio. En este orden de ideas, el interés de los ribereños superiores siguió prevaleciendo sobre el de los ribereños inferiores; en términos generales el nuevo

¹⁰³ *Op. cit.* (15), pp. 161 y 162 (de la réplica que se publica como anexo de la demanda), pp. 259 a 264.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, pp. 164 a 171.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, pp. 171 a 175.

Reglamento conservaba el ritmo de distribución establecido en su predecesor, salvo porque reordenaba las oportunidades de acceso del Tlahualilo, cuyo canal sólo podría abrirse cuando los otros hubiesen tomado su gasto normal. La cuota de agua del Tlahualilo se repartió entre ribereños superiores e inferiores en demérito de los intereses de la Compañía.¹⁰⁶

La publicación del Reglamento de 1895 trajo algarabía entre los comarcanos, quienes organizaron un besamanos al Presidente en la capital, para agradecerle la expedición de un instrumento que consideraban benéfico para el mejor desarrollo de la Laguna.¹⁰⁷

Como es lógico, lo que significó euforia para los ribereños del Nazas, fue inconformidad y desazón para la Compañía. A pesar de que ésta no promovió juicio de amparo contra el Reglamento de 1895, sí mostró su inconformidad a lo largo de varios escritos de los que da cuenta pormenorizada Luis Cabrera en la famosa demanda del Tlahualilo. Paralelamente a su descontento, la Compañía perfiló a la Secretaría de Fomento una alternativa para negociar una compensación por el desplazamiento que le ocasionaba el Reglamento citado. La propuesta del Tlahualilo se dirigió a conseguir una ampliación de sus cuotas como ribereño, con el objeto de desviar por los canales de San Fernando el agua hacia el canal de Tlahualilo; sin embargo, sus gestiones no fueron atendidas sino en una mínima parte.¹⁰⁸

Como lo asienta con un dejo de amargura la representación litigiosa de la Compañía en el escrito de demanda, el Reglamento de 1895 no era la forma de colmar las expectativas de los ribereños inferiores y, por lo mismo, tampoco podía ofrecerse como solución de pacificación definitiva a los conflictos laguneros. Apenas en 1896 los ribereños de Coahuila volvieron a la carga; el 4 de agosto de ese año dirigieron a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas un ocurso para solicitar al titular el aprovechamiento proporcional —yo diría paritario— de las aguas del Nazas.¹⁰⁹ Como presupuestos de la petición establecían que, “las aguas son del dominio público y están bajo la jurisdicción federal, a la que toca darles la distribución conveniente a los intereses públicos”.¹¹⁰ Al esgrimir este argumento los ribereños

inferiores introducían una nueva variable a la discusión; hasta entonces todos aceptaban que las aguas del Nazas eran reductibles a la apropiación privada, por lo menos desde que ingresaban a los canales de traslado. (La Ley de 6 de junio de 1888 definió la jurisdicción federal sobre las aguas que aprovechaban los particulares y, en los textos del General Pacheco relativos al Reglamento de 1891 y la convención frustrada de 1890, se utiliza una jerga ambigua en la que no pocas veces se alude a los derechos de propiedad de los ribereños sobre el agua.)¹¹¹

Con objeto de conferir todo el peso a su planteamiento, los ribereños inferiores acudieron para su representación a uno de los talentos jurídicos de mayor prestigio durante el porfiriato; me refiero a Luis Méndez que, por cierto, no iba a ser el único involucrado en las disputas del Nazas; además de los protagonistas del litigio del Tlahualilo, hay también una opinión de Pablo Macedo, aunque éste, aparece como representante de los ribereños duranguenses.¹¹²

En respuesta a la presión de los ribereños inferiores, el 11 de agosto de 1896 se dispuso por la autoridad federal que todos los canales, desde la presa de San Fernando hasta la del Torreón —o sea, los de la ribera superior—, cerraran sus compuertas para que pudieran recibir el agua los canales abiertos desde el Cuije hacia abajo. En octubre de 1898 la Secretaría de Comunicaciones redujo la cuota del Canal de Santa Margarita —también arribeño—. En 1900 la Secretaría mencionada decretó otra vez el cierre de los canales de la ribera superior y la acción tuvo efectos del 28 de septiembre al 2 de octubre del año mencionado.¹¹³ Como se puede apreciar, la lucha de los comarcanos coahuilenses fue persistente; a la larga, éste golpeteo reiterado y la creciente fuerza política de familias como la de los Madero llevaron a inclinar a su favor las soluciones del Gobierno.¹¹⁴

Las porfías de los ribereños de Coahuila se vieron recompensadas cuando el primero de julio y el 12 de agosto de 1908, la Secretaría de Fomento resolvió una petición que su Sindicato le había remitido con fecha 11 de mayo de ese año.¹¹⁵ En los acuerdos mencionados, la Secretaría de Fomento ordenaba que los canales de los ribereños superiores permanecieran cerrados del 20 de agosto al 20 de septiem-

¹⁰⁶ *Ibidem.*, pp. 176 a 193.

¹⁰⁷ *Ibidem.*, pp. 177 a 178.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, pp. 179 a 193.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, pp. 193 a 197.

¹¹⁰ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, op. cit. (10), pp. 216 a 220.

¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹² MACEDO, Pablo, op. cit. (37) y MÉNDEZ, Luis, op. cit. (33).

¹¹³ Op. cit. (15), Demanda, pp. 196 a 199.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 198.

bre, con objeto de que los propietarios coahuilenses pudieran disponer del agua en ese periodo.¹¹⁶

Para entender mejor el alcance de estas resoluciones, hay que referirnos a la petición del 11 de mayo de 1908. En ella los abajeños exponen al Secretario de Fomento el efecto negativo que han registrado por no contar con agua durante el mes de septiembre, que es el periodo adecuado para preparar su siembra. Los coahuilenses razonan que los ribereños superiores han gozado de agua en abundancia y, ese hecho les ha llevado a incurrir en el desperdicio; mencionan que los propietarios del lado superior no requieren el agua en septiembre porque, para entonces, su algodón está ya en planta y, que si no fuera así, lo único que hubiera quedado en evidencia era la mala calidad de las tierras duranguenses, que por su excesiva porosidad propiciaban las filtraciones prematuras del agua. Los ribereños inferiores ponderaban el rendimiento superior de sus tierras y las ventajas que la región obtendría si se les confería agua durante el mes de septiembre.¹¹⁷

La aplicación de las resoluciones de la Secretaría de Fomento trajo la reacción más contundente que del lado de los ribereños superiores es posible identificar. Se desató una guerra en la prensa nacional y en la regional, a raíz de la cual el conflicto del Nazas empezó a cobrar la dimensión que más tarde le daría el litigio del Tlahualilo.¹¹⁸ En la reacción participó también el Lic. Esteban Fernández, Gobernador de Durango, quien dirigió un comunicado a Olegario Molina, Secretario de Fomento, solicitando la rectificación de los acuerdos de la dependencia a su cargo. Por su parte, Pablo Macedo produjo también un dictamen avalando el derecho de los ribereños superiores; en todos estos documentos puede palpase el mismo fondo: la Secretaría de Fomento infringe con sus resoluciones el derecho de propiedad; modifica el Reglamento de 1895 sin contar con habilitación jurídica para ello, porque no puede establecerse la equidad en la cuenca del Nazas a costa de privar a los ribereños duranguenses de lo que legítimamente les pertenece.¹¹⁹

Independientemente de los vicios jurídicos que sin duda albergaban, las resoluciones de Fomento imponían un rumbo nuevo a la cuestión

¹¹⁶ *Ibidem.*; también nota (31).

¹¹⁷ *Vid.* nota (31).

¹¹⁸ *Vid.*, por ejemplo *El País*, 4, 6, 11 y 17 de noviembre de 1908; también el *Imperial*, 12 y 26 de noviembre de 1908.

¹¹⁹ MACEDO, Pablo, *op. cit.* (37).

del Nazas. De hecho estos actos venían a validar el argumento de la propiedad pública de las aguas del Nazas y la correlativa solución precaria en la que quedaban los títulos de los ribereños. Desde entonces, la función de la autoridad administrativa dejaba de concebirse bajo el matiz del reconocimiento de los derechos de los ribereños y pasaba a consolidarse como la instancia primigenia y fundante de sus derechos. El reconocimiento de la propiedad y de la posición topográfica ceden completamente al criterio de la proporcionalidad y del arbitraje administrativo en una línea estrictamente vertical.

La naturaleza redimió un tanto a los propietarios duranguenses, porque 1908 fue un año en el cual las lluvias se brindaron generosas. Si la sequía hubiera dominado, seguramente las pérdidas de los ribereños habrían resultado muy cuantiosas.

Para 1909 el Gobierno mexicano tenía ya preparado un nuevo Reglamento para la distribución de aguas del Nazas. En el documento que empezó a regir en el mes de septiembre se consagró el sistema de tandas proporcionales y compensadas, aunque se respetaba la preferencia de los ribereños superiores en los afluentes muy pequeños.¹²⁰ La intención general del Reglamento era la de conseguir el máximo nivel de equidad en la distribución del agua. Políticamente, significaba una victoria muy significativa para los ribereños inferiores porque, con las tesis contenidas en el nuevo documento, prácticamente quedaba abolido el derecho de apropiación privada del agua y, en adelante, su aprovechamiento estuvo sujeto a la mediación de las autoridades administrativas. Las cuotas ya no serían, en lo sucesivo, determinadas por la posición topográfica de los predios, sino por un criterio de equilibrio regional que sólo podía definir el poder público.

En la génesis del Reglamento de 1909 se suscitaron hechos que son dignos de mención. Previendo el Gobierno que después de los efectos que tuvieron las resoluciones de la Secretaría de Fomento emitidas en julio 10. y agosto 12 del año anterior, el año de 1909 resultaría necesariamente convulso en la región lagunera, convocó a los ribereños del Nazas a una reunión que se verificaría en el mes de marzo, con objeto de que los propietarios pudieran conciliar intereses y establecer en forma consensual un mecanismo estable para el uso del agua en la Laguna.¹²¹ La reunión se llevó a cabo el 24 de marzo de

¹²⁰ *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Durango*, 16 de septiembre de 1909, pp. 1 a 10.

¹²¹ *Vid.* folleto anónimo, *Actitud de la Compañía del Tlahualilo en las Juntas de Ribereños del Nazas*, México, Tipografía M.F. Reyes, 1909, 13 pp.

1909 y contó con la presencia del representante de la Compañía del Tlahualilo. Sin embargo, Mallet-Prevost, representante de la empresa, se concretó a cuestionar al Secretario de Fomento en relación con la posición de su ministerio. A decir de Mallet-Prevost, la Secretaría debía definir de entrada si la base de la discusión suponía el reconocimiento al derecho de propiedad sobre las aguas a favor de los ribereños o, por el contrario, era partidaria de la tesis que consideraba las aguas del Nazas dentro del dominio público y, por tanto, los ribereños tenían sobre éstas un derecho de aprovechamiento, derivado por la propia autoridad. Olegario Molina contestó de manera directa el cuestionamiento y sostuvo que la legislación mexicana vigente en el momento, consideraba los títulos de los particulares como propiedad sólo cuando éstos hacían ingresar el agua a sus canales y mientras el fluido se mantuviera corriente, la propiedad era de la nación. Para fundar su criterio Molina invocó la Ley de Bienes Nacionales, vigente desde el 18 de diciembre de 1902. En esta Ley por primera vez se aclaró que los ríos considerados antes de jurisdicción federal eran también objeto de dominio de la nación.¹²²

Ante la respuesta tajante del Secretario de Fomento, Mallet-Prevost tomó la decisión de retirarse de la sesión del 24 de marzo y sólo observó que la Ley invocada por Olegario Molina como apoyo de su tesis, era una Ley no aplicable al caso de la Compañía, en virtud de que la definición de sus derechos se había realizado fuera del alcance temporal de la Ley de 1902.¹²³

Para 1909, a la Compañía del Tlahualilo ya sólo le quedaba abierta la puerta de la confrontación, porque las interpretaciones oficiales sobre el alcance de sus derechos comprometían seriamente su existencia. Las vías de lucha que eligió fueron dos: el litigio contra el Gobierno Federal y la solicitud de apoyo diplomático a los gobiernos inglés y norteamericano. Ambos canales de lucha los entendió la Compañía complementarios. La demanda aportaría un factor preciso de presión porque en sus enunciados se expresarían con certeza cuáles eran los intereses patrimoniales que resultaban afectados; con la vía legal abierta, la presión diplomática podría enfocarse en el sentido correcto. Sin embargo, de los dos gobiernos a los que la Compañía quiso involucrar, sólo los Estados Unidos mostraron interés y dispo-

¹²² Vid., *supra* nota 121, en especial la fundamentación que realiza Olegario Molina de la posición de la Secretaría de Fomento en la Ley del 18 de diciembre de 1902.

¹²³ *Ibidem*.

sición en el asunto. Qué tan importante fue el litigio del Tlahualilo en el contexto de las relaciones de México y Estados Unidos es un factor difícil de medir; empero, existen opiniones como la de Francisco Bulnes quien juzga que la resolución adversa que dio el Gobierno de Díaz a la cuestión del Tlahualilo pesó sobremanera y que, desde entonces, los norteamericanos dejaron de apoyar al dictador en su gestión.¹²⁴

Abonado el terreno para la contienda, la sociedad del Tlahualilo llamó para que se ocupara de la defensa de sus intereses en el foro al despacho del licenciado Luis Cabrera, aunque formalmente el escrito de demanda apareció suscrito por James Kitchin, apoderado de la Compañía y por Severo Mallet-Prevost y W. A. McLaren, como abogados. El escrito, compuesto por 233 cuartillas impresas, fue presentado ante la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en los últimos días del mes de abril de 1909. Por la naturaleza del documento se presume que su confección ocupó cuando menos algunos meses; en este entendido, se puede afirmar que la Compañía había llegado a la resolución de entablar demanda contra el gobierno, quizá a raíz de las resoluciones de la Secretaría de Fomento de 10. de julio y 12 de agosto de 1908.

4.2. *El planteamiento de la litis*

4.2.1. *La demanda*

El escrito de queja es en realidad un extenso análisis sobre la propiedad de aguas en nuestro país. Se trata de un documento exhaustivo donde se desarrolla toda una teoría en torno a la apropiación hidráulica, sobre los supuestos de mayor conveniencia práctica para el Tlahualilo. La exposición de hechos guarda una trabazón y una precisión que resultan ejemplares; a cada capítulo de referencias fácticas, le sigue otro igual de extenso, donde se expresan los razonamientos de derecho que van construyendo el entramado de la argumentación del actor. No son invocaciones directas o preceptos legales los que contiene la demanda, se trata de auténticos alegatos que se sustentan en criterios históricos, doctrinarios, comparatistas e incluso ingenieriles.

¹²⁴ BULNES, F., *op. cit.* (90), pp. 274 y 275.

La demanda del Tlahualilo está constituida de tal forma que garantiza el análisis pormenorizado del juzgador; sus planteamientos no pueden resolverse sin un conocimiento exhaustivo de la argumentación. Igualmente, la defensa queda obligada a penetrar una gama amplísima de temas jurídicos, so pena de no abarcar con suficiencia la intensidad y la extensión de las cuestiones sugeridas por el actor.

Antes de proporcionar mayores datos sobre la estructura lógica de la demanda, es oportuno analizar la naturaleza de la acción intentada. El escrito todo sostiene una reclamación civil de resorte elemental: se trata de una acción de cumplimiento de contrato, complementada por un reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios que a la empresa del Tlahualilo le acarreó el supuesto incumplimiento del Gobierno, en relación con el contrato-concesión de 5 de junio de 1888.

Envuelta en estas dos acciones rigurosamente ligadas a la lógica de los contratos, se ejerce otra que es medular en la lógica del caso, se refiere al "reconocimiento de los derechos de agua de la Compañía", tal como aparecen definidos en el Reglamento provisional de 1891. La resolución favorable de esta petición implicaba para la autoridad judicial sostener a la propiedad del Tlahualilo sobre una cuota del gasto del Nazas, superior a la quinta parte de su volumen anual.

No deja de causar suspicacias el mecanismo judicial elegido; por momentos parece que la selección estuvo constreñida por la inacción judicial de la empresa en los momentos en que determinados actos de autoridad comprometieron o cancelaron sus intereses. Muchos de los acontecimientos intermedios de la demanda hubieran tenido su campo de expresión natural en el Amparo. Concretamente, la empresa ataca de manera principal la validez de los efectos en su contra, que provocó el Reglamento definitivo de 1895; sin embargo, aunque hay constancias de que la empresa no aceptó de buen grado su aplicación, nunca hizo valer por la vía del Juicio Constitucional la anulación de la aplicación del Reglamento.

Al elegir la empresa la vía civil obligó al Gobierno a litigar como sujeto de derecho privado; los argumentos de la queja no suponen actos de autoridad, sino más bien, conductas de un sujeto del derecho común que traicionó el sentido de un acuerdo contractual.

La parte vulnerable de la demanda estaba vinculada al cumplimiento deficiente que la Compañía había hecho del contrato-concesión. Al abrir sus exigencias en el plano obligacional de los contratos, la Compañía quedaba expuesta a que el Gobierno, como efectivamente

sucedió, se exceptionara a través del argumento del contrato no cumplido por parte del actor. La exigencia de satisfacer las conductas contractuales que hace una parte a la otra en un litigio, funciona sólo bajo el supuesto de que el demandante ha dado una ejecución cabal a las obligaciones a su cargo; cosa que la Compañía estaba lejos de haber realizado.

Decidirse por la ejecución forzosa del contrato de 1888, evitaba a la Compañía tener que desvirtuar muchos actos de autoridad intermedios, como por ejemplo, las resoluciones de la Secretaría de Fomento de julio y agosto de 1908. Una sentencia favorable a la demanda del Tlahualilo hubiera implicado una reposición radical de los privilegios que le otorgaba el Reglamento provisional de 1891; instrumento que había determinado una cuota de agua a favor de la empresa que puede valuarse en un 22% del gasto total del Nazas en un año.

Estructuralmente la demanda sigue un orden bien delineado: en el primer capítulo se proporcionan los antecedentes y se habla de las circunstancias y de los términos en que fue suscrito el contrato-concesión de 1888. La parte referente al derecho se destina a probar la hipótesis de que en el derecho mexicano existe propiedad privada sobre el agua. El capítulo segundo se refiere a la expedición y vigencia del Reglamento provisional de 1891. En este apartado aparece la ingeniosa tesis de que el reglamento citado, al haber sido aceptado por la Compañía, constituyó una *novación* al objeto del contrato de 5 de junio de 1888. En la parte relativa al derecho, los abogados de la parte actora se refieren a que el Reglamento provisional de 1891 no contuvo sólo preceptos revocables, sino que una parte del instrumento se dedicó a fijar derechos definitivos para los ribereños y derechohabientes a los que se dirigía. Aquí se razonó también que las condiciones variables de la Laguna no podían ser objeto permanente de ajuste de los derechos de los ribereños, porque esto hubiera llevado a reconocerles simples derechos de *uso revocable*. En el cuarto capítulo se analiza el Reglamento definitivo de 1895 y sus efectos. A este Reglamento remite la Compañía la violación fundamental del contrato celebrado en 1888. A partir de la expedición de este instrumento normativo, la distribución en el Nazas ocurre, según la Compañía, de forma absolutamente ilegítima. En este capítulo es donde más consideraciones políticas se vierten; es aquí donde los abogados esclarecen el sentido de las pugnas entre propietarios dentro de la

cuenca del Nazas. Antes, el capítulo tercero se ocupó de establecer algunos criterios, según los cuales resultaba imposible que la Compañía hubiera dado cumplimiento a las obligaciones que contrajo con el Gobierno en el año de 1888. Las obras para conservar la bifurcación del Nazas, desde su punto de vista, no eran ejecutables y, si el gobierno aceptó que sin estar realizadas se abriera el canal, fácilmente reconoció su impracticabilidad. La expedición del Reglamento de 1891 significó la adopción de un sistema alternativo a aquel que sugerían las bases de ejecución del artículo 5º del contrato-concesión. Por otra parte, si la Compañía no había podido mantener a los colonos en sus tierras fue por causas imputables al Gobierno, pues fue éste quien con actos indebidos privó a la empresa del agua necesaria para la colonia. Por último, en el quinto capítulo se refieren los daños y perjuicios que la Compañía ha resentido por la actitud de incumplimiento que imputa al Gobierno.

4.2.2. La contestación y los alegatos de Vera Español

A través de un escrito de 20 hojas impresas el Procurador General de la República, Rafael Rebollar, dio contestación a la demanda del Tlahualilo. La respuesta gubernamental puede calificarse como parca si se tiene en cuenta la profusión de argumentos y de temas que desplegó la parte actora en su demanda. Llama la atención que en el escrito de contestación el Procurador no haya procedido a través de una negativa puntual sobre cada uno de los hechos y argumentos; intentó más bien una negativa genérica que no inmiscuyó la controversia sobre los aspectos teóricos de la demanda. Todo el énfasis de la contestación se puso en las excepciones invocadas para desvirtuar las peticiones del actor: falta de cumplimiento del contrato; prescripción y, subsidiariamente, la nulidad de la concesión.¹²⁵

El incumplimiento de la Compañía se hacía consistir en la violación de varias de las cláusulas pactadas: primero, se consideró que la parte relativa a colonización no se había realizado en términos satisfactorios porque la empresa no fue capaz de mantener a los colonos dentro de sus terrenos. También se adujo que la Compañía no informó puntualmente sobre la forma en que procedió al establecimiento de la colonia. Segundo, se mencionó que la Compañía no

¹²⁵ Contestación del Gobierno a la demanda que le formula ante la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia la Compañía Agrícola Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, S.A. en op. cit. (15).

cumplió con la ejecución de las obras tendientes a mantener la bifurcación del río. Tercero, el Tlahualilo no utilizó la *servidumbre* de traslado de agua que le confería su contrato después de 1895; por lo tanto, se argumentó en su contra la excepción de prescripción. Cuarto, la Compañía violó también el contrato al haber transferido a una empresa distinta los derechos derivados de la concesión. Aquí, el Procurador se refiere a la transformación que sufrió la empresa en 1890; dejó de ser la Compañía Agrícola Limitada del Tlahualilo, para convertirse en la Compañía Agrícola, Industrial Limitada del Tlahualilo, Sociedad Anónima. Este cambio formal del sujeto beneficiario de la concesión no fue notificado al Gobierno ni mucho menos se solicitó autorización para realizarlo.¹²⁶

La excepción subsidiaria de nulidad del contrato se interpuso porque el Gobierno argumentaba que había un vicio de voluntad en el otorgamiento de la concesión. El vicio aludido era un error en el objeto, porque de haber conocido el Gobierno el gasto real del Nazas en un año y la insuficiencia de sus afluentes para la irrigación de las tierras laguneras, nunca habría concedido al Tlahualilo la posibilidad de aprovechar aguas del río; en virtud de que, cualquier desvío de éstas fuera de la comarca, implicaba necesariamente perjuicio a los ribereños.¹²⁷

Como argumento lateral el Procurador expuso que en realidad la Compañía había mostrado su aceptación, expresa o tácita, hacia los Reglamentos de 1891 y de 1895. En cuanto a éste último, la empresa hizo valer ante las autoridades administrativas todas las objeciones que a su derecho convinieron; sin embargo, en ninguno de los dos casos, la Compañía buscó la anulación de los efectos que los Reglamentos podían establecer en su contra por la vía natural, que era la del Amparo.¹²⁸

La parte más significativa de la contestación a la demanda fue la del argumento de reconvencción que el Procurador hizo valer contra la empresa. El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Compañía no se utilizó sólo como fórmula de excepción, sino que fue la base para el contraataque judicial del Gobierno. Quizás con la conciencia de que la contestación del Gobierno era un escrito de menos dimensión jurídica que la demanda y de que sólo constituía la sinopsis de lo que podía ser su defensa en el juicio, el

¹²⁶ *Ibidem.*, pp. 246 y 247.

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 243.

¹²⁸ *Ibidem.*, p. 245.

Procurador encargó a Jorge Vera Estañol y Manuel Calero el patrocinio de los intereses del Gobierno. Los abogados cumplieron el encargo y para el 7 de noviembre de 1910, Vera había concluido unos alegatos monumentales que superaban las 700 hojas impresas. Con gran rigor analítico, quizás superior al de la propia demanda, Vera Estañol realiza una refutación milimétrica de cada uno de los argumentos, supuestos técnicos e interpretaciones legales que contenía el escrito inicial del Tlahualilo.¹²⁹

Sólo en la refutación del primer capítulo de la demanda, el abogado del gobierno invirtió seis; en ellos detalla la evolución de las relaciones de propiedad en la Laguna, a partir de las mercedes otorgadas al marquesado de Aguayo; los aprovechamientos de aguas existentes en los años 1887 y 1888; así como, las circunstancias —políticas y jurídicas— que dieron origen a la concesión del Tlahualilo.¹³⁰

De los capítulos VI a X inclusive, Vera Estañol se encarga de precisar las circunstancias de expedición y de vigencia de los reglamentos de 1891 y 1895. Dos son los aspectos que destacan en la argumentación de estos apartados: primero, la precisión con la que Vera maneja los informes técnicos para alinearlos en beneficio del Gobierno; realmente efectúa un trabajo artístico en la exposición y valoración de los recursos penales. Además, de manera muy aguda expone las contradicciones en las que incurre el Tlahualilo, cuando intenta poner a flote su situación a través del recurso desesperado de acordar con el Gobierno un incremento de las dotaciones de los canales de la Hacienda de San Fernando; al construir sus peticiones la empresa no pudo evitar el coqueteo con los mismos argumentos que los demás ribereños han invocado a su favor, justamente en contra de la misma Compañía.¹³¹

La parte más sobria y más contundente de los alegatos de Vera Estañol se encuentra en los capítulos que se refieren al incumplimiento de la Compañía de aquellas obligaciones que constituyeron las bases de ejecución de la Concesión de 1888. El trabajo analítico de Vera arroja una demostración convincente de que la empresa del Tlahualilo pudo ejecutar y no ejecutó las obras para mantener la bifurcación en el cauce del Nazas.¹³²

La liga lógica del extenso alegato de Vera Estañol, él mismo la resume: Los ribereños del Nazas venían aprovechando sus aguas para la irrigación de los terrenos laguneros, fincados en títulos que enlazaban históricamente con las mercedes del marquesado de Aguayo; la Independencia del país operó la sustitución del Patrimonio Real por el dominio del Estado, ergo, los derechos de los ribereños quedaron confirmados por las nuevas instituciones nacionales; el río Nazas fue siempre una corriente del dominio público, sin embargo, los títulos de los ribereños, derivados del derecho colonial, fueron respetados por las leyes del México independiente; a partir de la Ley de junio de 1888 el Nazas fue un río de jurisdicción federal; para aprovechar sus aguas sería entonces necesaria la concesión de los poderes centrales, pero siempre éstos tendrían que respetar los usos y servidumbres constituidos con anterioridad; la concesión de la Compañía se otorgó sin perjuicio de terceros, para aprovechar aguas sobrantes que debían captarse únicamente del brazo izquierdo del Nazas; en consecuencia, la empresa del Tlahualilo quedaba obligada a mantener la bifurcación del río y a mantener el canal en las condiciones estipuladas en el contrato; la Compañía no cumplió las condiciones contractuales para aprovechar los torrentes del Nazas; su incumplimiento faculta al gobierno a cumplir la rescisión; la Compañía se encuentra en mora desde el 6 de junio de 1891; el reglamento de este último año no confirmó derechos referentes a la Compañía ni alteró las relaciones jurídicas de ésta con el Gobierno; el reglamento de 1895 corrigió las insuficiencias de su antecedente en aras de una distribución más equitativa y proporcional del agua del río; este instrumento legal no afectó preferencias a favor de la Compañía porque ésta no las tenía y, por último, que el reglamento de 1895 no fue legalmente impugnado por la empresa del Tlahualilo y, por tanto, ésta se conformó con su sentido y efectos.¹³³

4.3.3. *El fondo de la controversia*

El fondo del negocio del Tlahualilo quedó planteado en relación con las siguientes cuestiones:

- a) La naturaleza de los derechos para el aprovechamiento de las aguas del río Nazas era de auténtica propiedad o simplemente

¹³³ *Ibidem.*, pp. 697 y ss.

¹²⁹ *Vid.*, nota 10.

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, *op. cit.* (10); capítulo X.

¹³² *Ibidem.*, pp. 487 a 513.

- se trataba de derechos de uso adaptables a las necesidades de desarrollo de la región;
- b) Si el derecho de los ribereños es en cualquier circunstancia preferente al de un concesionario que se encuentra fuera de la cuenca inmediata del río, incluso cuando el derecho de la concesión se hubiese definido con antelación a la existencia de los aprovechamientos de algunos de los ribereños.
 - c) Si el reglamento de 1891 fue una novación del contrato del Tlahualilo o un acto de autoridad independiente de la concesión;
 - d) Si el reglamento de 1891 fijó cuotas estables para los derechohabientes o sólo fue un instrumento provisional sujeto a cualquier acto de rectificación posterior;
 - e) Si el reglamento de 1895 fue dictado con facultades legítimas por parte del Gobierno que lo emitió, o, por el contrario, la autoridad debió contar con la anuencia del Tlahualilo, toda vez que sus disposiciones implicaban la afectación de los derechos de la Compañía definidos por la concesión de 1888;
 - f) Si la Compañía se inconformó realmente con los efectos del reglamento de 1895, o, por el contrario, consintió su aplicación durante varios años;
 - g) Si la Compañía estaba en posibilidades de cumplir con la realización de las obras que le prescribía el contrato-concesión para mantener la bifurcación del río o, si la variabilidad de éste, había vuelto imposible su realización;
 - h) Si la Compañía cumplió las obligaciones derivadas del contrato-concesión de construir las obras necesarias para mantener bifurcado el río, o, por el contrario, incumplió el cometido contractual;
 - i) Si el Gobierno Federal autorizó a la Compañía a abrir un canal reconociendo la imposibilidad de la ejecución de las obras a cargo de la empresa, o bien, lo hizo sin prejuzgar la solución que la Compañía hubiese dado a las obras consignadas en el artículo 5º de la Concesión;
 - j) Si la Compañía tenía obligación sólo de establecer los colonos a que se refiere la concesión, o, su obligación se extendía también a conservarlos indefinidamente en sus terrenos, y
 - k) Si la Compañía había sufrido daños y perjuicios por el incumplimiento contractual del Gobierno, o por el contrario, el Gobierno había cumplido el contrato y no tenía ninguna responsabilidad patrimonial con la empresa.

La habilidad de quienes litigaron el negocio por parte del Gobierno consistió en haber desplazado el escenario principal de la controversia; tal como Cabrera lo delineó, la discusión vertebral hubiera tenido que versar sobre el cumplimiento o incumplimiento del Gobierno en relación con las estipulaciones del contrato-concesión de 1888; sin embargo, la parte toral de la discusión cambió de sitio y lo que quedó en el centro del debate fue el cumplimiento o incumplimiento de la Compañía.

Cabrera requería probar que los actos de autoridad que constituían los reglamentos de 1891 y de 1895 eran desarrollados, o bien, contravenciones a los derechos definidos en la concesión del Tlahualilo; a Vera Estañol le bastaba con rebatir el planteamiento general de la demanda —y para ello profundizó en el conocimiento de los sucesos y superó la precisión de su manejo en relación con el que de ellos se había hecho en la demanda— después, sólo le quedaba demostrar la conducta concreta de incumplimiento.

Jurídicamente la demanda era muy rica, pero, lógicamente y prácticamente, la posición del Gobierno era más sólida. Los alegatos de Vera Estañol le dieron jerarquía a los argumentos iniciales del Procurador y, sin duda, constituyeron un documento que se sobrepuso en calidad, trabazón y solidez a la demanda. De Cabrera no deja de sorprender el ingenio dialéctico y en ocasiones hasta retórico; en el caso de Vera lo que más admiración despierta es la capacidad de profundización en los argumentos, de tal suerte que siempre fue capaz de surtir una proposición más honda y mejor sustentada que aquella expresada por su colitigante.

Sin que pudiéramos exigirles más, los abogados de una y otra parte habían dejado ya a la Suprema Corte de Justicia la controversia a punto de solución; de los Ministros no era dable esperar una sentencia discordante, considerando la calidad procesal con la que se había ventilado el negocio. La opinión pública vigilaba de cerca los avances del asunto del Tlahualilo y, el Gobierno, tenía empeñados en el caso su prestigio y su posición frente a las potencias del exterior que no dejaban de presionar a favor del Tlahualilo. Este sin duda, fue uno de esos casos, por demás difíciles, en que la autoridad judicial debe llegar a desbalancear un equilibrio frágil y caótico que la tensión natural de los intereses confrontados ha gestado.

4.3. La Sentencia

La Suprema Corte de Justicia tuvo siempre conciencia de la gravedad del litigio que atendía y, al inicio del primero de los considerandos, puede leerse lo siguiente:

"...la Sala hace constar que desde que la demanda le fue presentada y pudo darse cuenta de su naturaleza y del precedente jurídico que establecerá en los anales de la jurisprudencia nacional, procuró dar a las partes cuanta amplitud y facilidades fuesen compatibles dentro del procedimiento ordenado por el Código Federal de Procedimientos Civiles..."¹³⁴

La sentencia que dirigió el negocio del Tlahualilo tuvo una estructura ortodoxa. Partió de un buen resumen de las posiciones de las partes; enumeró y dio por probados todos los hechos reconocidos concordantemente por las partes; para luego entrar a valorar algunos aspectos de fondo de la demanda y, finalmente evaluar las pruebas en relación con los hechos de la controversia.

La única salvedad que hizo la Corte en relación con el alcance del juicio se refiere a los acuerdos de la Secretaría de Fomento de 1º de julio y 12 de agosto de 1908 y a las juntas previas a la expedición del reglamento de 1909. Asimismo, la Corte aclara que en el mismo caso de falta de pertinencia se encuentran los comentarios relacionados con la Ley sobre Aprovechamiento de Aguas de Jurisdicción Federal de 21 de diciembre de 1910. A estos sucesos el fallo no tendría por qué extenderse, "ya que por la naturaleza del juicio sólo se tienen que resolver las cuestiones que fueron materia del cuasi-contrato del pleito". Los hechos de la controversia versan sobre la existencia y la aplicación de los reglamentos de 1891 y 1895, en opinión de la Corte.¹³⁵

Los medios probatorios fueron abundantes y todos tuvieron un espacio procesal para ser desahogados con holgura: documentos, confesiones, testimonios, inspecciones oculares y, sobre todo, juicios periciales en relación con la forma y los volúmenes de los afluentes del Nazas, constituyeron el largo trayecto que siguió cada una de las partes para acreditar la justificación de sus pretensiones.¹³⁶

¹³⁴ Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, op. cit. (44), p. 79.

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 80.

¹³⁶ *Ibidem.*, pp. 79-80.

La sentencia comienza su viraje contra la posición del Tlahualilo a partir del considerando segundo en que la Corte advierte que:

"Para examinar las cuestiones jurídicas a que dá lugar la demanda presentada por la Compañía del Tlahualilo contra el Gobierno Federal (...) es importante hacer la rectificación de varios conceptos de ella que afectan directamente la acción deducida y que llaman la atención por su notoria inexactitud..."¹³⁷

La primera rectificación se refiere a la fecha del contrato; para la Corte ésta no puede ser otra que el 6 de junio de 1888; la fecha de 5 de junio es inexacta puesto que el Decreto que aprobó la concesión sólo fue refrendado al día siguiente por el Secretario del ramo y hasta entonces se puede considerar un acto jurídicamente concluido.¹³⁸ Como segundo punto de aclaración la Suprema Corte de Justicia niega que del contrato-concesión de 1888 pueda deducirse una delegación a cargo del Gobierno de proporcionar a la Compañía una cuota determinada de agua. La razón por la que el Gobierno no pudo obligarse como pretende la Compañía, es la variabilidad de los gastos del Nazas, hecho que era perfectamente reconocido por los co-contratantes. Además, cuando el Tlahualilo tramitaba su concesión había en curso de solución más de 60 solicitudes de confirmación de usos, servidumbres y aprovechamientos sobre las mismas aguas. En todo caso es de tenerse presente que la concesión se refería a sobrantes y que no podía afectar los derechos de terceros.¹³⁹

La Corte quiso también esclarecer que el Reglamento de 1891 nunca pudo considerarse como una novación del contrato-concesión de 1888. Las Bases Convencionales propuestas por el General Pacheco en 1890, de haber prosperado, sí hubieran modificado los términos de la concesión del Tlahualilo y para establecerlas se requería efectivamente el concurso voluntario de la Compañía; sin embargo, el Reglamento era un acto vertical, supraordinado, que no era posible alinear al mismo nivel que la concesión del Tlahualilo.¹⁴⁰

El Reglamento de 1891, en opinión de la Corte, no puede considerarse una novación del contrato-concesión y, por eso, tampoco pudo implicar la liberación de la Compañía de la obligación que ésta reco-

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 102.

¹³⁸ *Ibidem.*, pp. 103 y 104.

¹³⁹ *Ibidem.*, pp. 105 y 106.

¹⁴⁰ *Ibidem.*, pp. 120 a 122.

noció en relación con la construcción de las obras a las que se refería el contrato de concesión y que tenían como propósito mantener la bifurcación del río. La Compañía estaba en mora en relación con la realización de las obras y, mientras no las ejecutara, carecía de la habilitación jurídica para poder exigir el cumplimiento del contrato.

La Corte sentó también su criterio en relación con la inacción judicial de la Compañía, manifiesta cuando resintió los efectos del Reglamento de 1895 sin acudir a la vía del Amparo; "la Compañía entonces pudo, como lo ha hecho últimamente, promover tal remedio legal, si llegó a creer que sus derechos se habían lesionado..."¹⁴¹

Con las aclaraciones del considerando segundo la Corte anticipaba ya el sentido de la sentencia. Los juicios que como precisiones conceptuales y jurídicas expuso, no dejaban duda acerca de que en su ánimo cabía la convicción de que en los argumentos de la Compañía existía una intencionada falta de claridad que provocaba efectos erróneos en la apreciación de los hechos. Persuadida la Corte de la artificialidad de los argumentos de la parte actora, tomó a su cargo la misión desmitificadora, en cuyo trayecto cayeron desarmados algunos de los sofismas de los representantes del Tlahualilo, que resultaban fundamentales para sostener sus argumentos.¹⁴²

En el considerando tercero la Corte intentó reducir la controversia a sus términos elementales:

"...para mayor claridad, debe decirse que en la demanda se reclama como prestación principal en favor de la Compañía, la vigencia del Reglamento de 1891 y la derogación del de 1895..."¹⁴³

En opinión de la Corte, la parte actora intentó provocar una confusión tendiente a tangibilizar los actos soberanos en los que consistieron los Reglamentos de 1891 y 1895, poniéndolos al alcance de su voluntad, dado que pretendía ordenarlos en el mismo nivel jerárquico que el contrato-concesión de 1888.¹⁴⁴ "...se pretende obligar al Gobierno Federal a desempeñar la facultad soberana de reglamentar las leyes como parezca mejor al deseo o al interés de la Compañía del

¹⁴¹ *Ibidem.*, p. 118.

¹⁴² *Ibidem.* (considerandos 2o. y 3o. de la sentencia), pp. 102 y ss. y pp. 119 y ss.

¹⁴³ *Ibidem.*, p. 120.

¹⁴⁴ *Ibidem.*, p. 122.

Tlahualilo..."¹⁴⁵ Así lo expresó concretamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Respecto de la facultad reglamentaria que el Gobierno Federal puso en práctica en 1895, la Corte sostuvo que era en realidad la misma atribución soberana en la que se sustentó para emitir el Reglamento de 1891. Además, es insostenible la afirmación de la perennidad de los instrumentos reglamentarios; así el de 1891, como cualquier otro Reglamento, están sujetos a las variaciones que impone el pulso del Poder Ejecutivo sobre la mejor aplicación de la Ley, el cual puede ser evaluado con un rango determinado de oportunidad y de discrecionalidad por la autoridad que emite el acto.¹⁴⁶

En la sentencia hay una consideración interesante; la Corte sostiene que si la Compañía hubiera cumplido íntegramente las obligaciones que contrajo en el contrato-concesión de 1888, al menos hubiera dado oportunidad a que sus derechos fueran considerados en el mismo nivel que tenían los de otros derechohabientes de las aguas del Nazas; sin embargo, su incumplimiento redujo necesariamente su posición hasta convertirse en un obstáculo jurídico para la existencia de las prerrogativas derivadas de la concesión.¹⁴⁷

En los considerandos cuarto a octavo, la Corte dirime si hubo, de acuerdo a las constancias en autos, cumplimiento de las obligaciones de la Compañía de acuerdo con lo establecido en el contrato-concesión de 1888. La Corte concluye que existió incumplimiento tanto de la obligación de colonizar como de aquella referida a realizar las obras para mantener la bifurcación del río un palmo antes de la presa de San Fernando.

Hubo referencias valorativas a ciertos elementos que dejaron muy mal parada a la Compañía del Tlahualilo. Por ejemplo, la Corte consideró acreditado el hecho de que la ampliación de la presa de San Fernando, que la Compañía atribuía a la testamentaria de don Juan N. Flores, fue realizada por la sociedad del Tlahualilo, dejando en evidencia el acto de simulación y el argumento falaz en el que se apoyaba el actor.¹⁴⁸ Por el tono de la sentencia las conclusiones no fueron sorprendentes; la Corte absolvió al Gobierno de la acción principal de cumplimiento de contrato que demandaba la Compañía; lo absolvió también del pago de las prestaciones accesorias; pero lo más

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ *Ibidem.*, pp. 125 a 127.

¹⁴⁷ *Ibidem.*, pp. 127 y 132.

¹⁴⁸ *Ibidem.*, pp. 155 y 156.

grave fue que consideró procedente la acción de la reconvención y condenó a la Compañía del Tlahualilo, declarando procedente la rescisión del contrato-concesión de 6 de junio de 1888.

La sentencia a la que se refiere esta reseña cierra un capítulo en la historia de las relaciones de propiedad en nuestro país; significa la rectificación oficial de una política de concesiones generosas al capital extranjero para aprovechar los recursos naturales del territorio mexicano.¹⁴⁹ El negocio del Tlahualilo fue un caso ejemplar en relación con los conflictos que las concesiones arbitrarias de la primera parte del porfiriato llegaron a provocar. La concesión de Díaz a su concuño José de Teresa y Miranda, encontró muy pronto un límite concreto de resistencia, que fue la fuerza imbatible de los propietarios coahuilenses de la comarca lagunera. La resolución judicial del negocio fue un acto tardío para rescatar la dignidad del Gobierno dictatorial; sin embargo, la sentencia de la Corte fue un factor congruente con la política que pretendía rescatar el control nacional sobre la explotación de los recursos naturales, a la vista del desacato permanente de los capitalistas extranjeros a las directrices políticas del Gobierno.¹⁵⁰

Si alguna omisión cupo a la sentencia, ésta se identifica en la forma elusiva que trató el asunto relativo a la determinación de si la legislación mexicana reconocía o no el derecho de propiedad individual sobre las aguas corrientes; en ese caso, desde cuándo y con qué extensión tenían que considerarse los atributos del propietario. La Corte prefirió profundizar los aspectos contractuales de la litis y, en consecuencia, se dedicó a bordear con habilidad los aspectos relativos a la definición de titularidades entre los derechohabientes del Nazas.

5. DOS TEMAS JURÍDICOS EN TORNO DEL LITIGIO

5.1. *El derecho de aprovechamiento del agua*

El litigio del Tlahualilo nos permitió reconocer dos posiciones muy bien demarcadas en torno a la forma jurídica en que llegó a concebirse en nuestro país el aprovechamiento del agua. Una postura —la del Tlahualilo— llega hasta la afirmación de que las aguas corrientes, como cualquier otro bien que se consume con el uso, son objetos facti-

¹⁴⁹ MEYERS, William, *op. cit.* (47), p. 187.

¹⁵⁰ *Ibidem.*

bles para el ejercicio de la apropiación privada. Cabrera, a nombre de la Compañía del Tlahualilo, entiende por apropiación lo que este término significa en el contexto del derecho civil; así, la propiedad de aguas se expresa como del derecho a usar y disponer de una cuota o volumen definido para aplicarlo al riego y al consumo personal o industrial; en todo caso se trata de un derecho transmisible que se origina en un acto oficial de confirmación.¹⁵¹ Desde otro punto de vista, la posición de la Secretaría de Fomento en tiempos de Olegario Molina y que fue sostenida también por los ribereños inferiores del Nazas durante el litigio del Tlahualilo, admite que el derecho de los particulares para utilizar el agua en la irrigación, cuando se trata de un río definido como del dominio público, es sólo un derecho precario de uso, que puede ser eventualmente modificado por la autoridad administrativa, a la que corresponde la distribución de los recursos hidráulicos en aras del mayor beneficio público en una cuenca irrigable determinada.¹⁵²

La tesis de los representantes de la Compañía del Tlahualilo acusa una paradoja difícil de conciliar; la propiedad privada, en el sentido moderno que le confiere la legislación civil, es un derecho que se perfila y se acota en forma absolutamente independiente de las instancias públicas. La propiedad privada del agua de los ríos, en cambio, sólo se puede definir a través de un acto público que puede consistir en una mercedación, concesión o confirmación de derechos. Así, los derechos de propiedad privada del Tlahualilo sobre un gasto determinable de las aguas del Nazas se fundan, según la propia Compañía, en la concesión de junio de 1888. Si bien la propiedad del agua puede enmarcarse en la perspectiva del Código Civil, el origen de los derechos sobre el agua que dice tener la Compañía se encuentra en un sitio completamente ajeno al de las relaciones civiles; justamente en la autorización pública del Gobierno Federal. Y, aunque la concesión formalmente se concebía como un contrato, el poder público no le otorgaba actuando netamente como un sujeto privado; su posición era ambigua y esta duplicidad malamente se ocultaba en una concesión donde se respiraba un ambiente de dudosa equivalencia.

Para resolver las dificultades que planteaba la contradicción descrita en el párrafo anterior, los representantes de la Compañía bus-

¹⁵¹ Compañía Agrícola... del Tlahualilo, *op. cit.* (15), *Demanda...*, pp. 47 a 51.

¹⁵² *Vid. supra* nota 121.

caron en las instituciones autóctonas la fórmula de conciliación. El ejercicio las llevó a afirmar que en Nueva España, como en las otras colonias hispanas, no estuvieron vigentes las disposiciones jurídicas de la península relativas al agua. Aquí, tierras y aguas estuvieron sujetas a una suerte común: su origen quedó determinado por su pertenencia al Real Patrimonio; sin embargo, las tierras y aguas no pertenecían al patrimonio del monarca en su calidad de soberano; su inclusión se verificó en calidad de dominio privado. Las mercedes reales eran actos de transmisión de ciertos bienes que salían del patrimonio del monarca, donde se encontraban a título privado, para pasar a otro que sustituía la titularidad del primero en los mismos términos. En la colonia no existían aguas públicas y aguas privadas; todas estaban bajo el dominio privado del Rey o de los beneficiarios de las mercedes y confirmaciones efectuadas por el Monarca a su favor.

Para Cabrera, las mercedes eran irrevocables y se otorgaban de acuerdo al tiempo en que se resolvían las solicitudes; sus derechohabientes no definían sus facultades por las condiciones topográficas de los predios, sino por las situaciones de antelación de la merced. Este sistema fue recibido por el derecho mexicano de la época independiente bajo las mismas modalidades de ejecución; entonces, las concesiones responden linealmente al sentido de las mercedes coloniales; por eso, definen derechos perpetuos sobre cierta porción de agua corriente.¹⁵³

Siguiendo la lógica de la argumentación del Tlahualilo, en toda la Comarca Lagunera no se encontraba derecho más preciso al aprovechamiento de agua que el de la propia Compañía. Los ribereños del Nazas apenas con la promulgación de la Ley del 6 de junio de 1888 solicitaron a la Secretaría de Fomento la confirmación de sus aprovechamientos y, por eso, las confirmaciones y otorgamientos a los ribereños comarcanos resultarían necesariamente posteriores a la concesión del Tlahualilo. La ley del 5 de junio de 1888 era, en la perspectiva de la Compañía, una oportunidad de redefinición radical de los derechos del agua sobre el Nazas porque, a pesar de que contenía un precepto que imponía el respeto a usos y aprovechamientos anteriores, éstos tendrían que ser confirmados en tiempo posterior a los que se concedieron a la Compañía en el contrato-concesión, que fue extrañamente simultáneo a la Ley de 1888.

¹⁵³ Compañía Agrícola... del Tlahualilo, *op. cit.* (15), *Demanda...*, p. 82.

Para Cabrera jurisdicción y dominio son dos conceptos que no deben confundirse. El dominio público de los ríos alude a una realidad acéfala en la que la titularidad recae en la comunidad que usa en común un bien determinado; no precisamente en el Estado. A éste sólo corresponde en estos casos una facultad de reglamentar los aprovechamientos de los particulares. El Estado, desde otra perspectiva, puede ser titular de un derecho de dominio privado; entonces, mantiene las facultades de legislar y reglamentar sobre su uso. Cuando el Estado no interviene en posición ordenadora es en los casos en que las aguas se encuentran bajo la prosperidad de los particulares; en esta situación el Estado es un mero garante externo del orden y la ley.

En el caso del Nazas, el río como tal, pertenecía a los Estados de Durango y de Coahuila y sus aguas, a los sujeto que estaban legalmente autorizados para consumirlas. Cuando se expidió la Ley de 6 de junio de 1888 el Nazas quedó bajo la jurisdicción federal pero su régimen de propiedad no se afectó; éste vino a modificarse hasta que se promulgó la Ley de Bienes Nacionales del 18 de diciembre de 1902. En esta Ley expresamente se dispuso que los ríos limítrofes, como era el caso del Nazas, pertenecían al dominio público de la Federación. Aquí cabe aclarar que, en estricto derecho, la concesión del Tlahualilo, como lo manifestó Mallet-Prevost en la sesión de marzo de 1909 ante el Ministro de Fomento, estaba fuera del alcance temporal de esta ley, porque su vigencia data precisamente de 1888; la aplicación retroactiva estaría siempre amenazada de inconstitucionalidad.¹⁵⁴

Cabrera acierta cuando minimiza la clasificación de ríos públicos y privados en relación con los acontecimientos jurídicos de Nueva España; aquí jurisdicción y propiedad se confundían fácilmente en la dimensión del Real Patrimonio; también son certeros los juicios de Cabrera cuando señala que, bien a bien, el Nazas sólo puede ser considerado un río sujeto al dominio de la Federación después de la promulgación de la Ley de Bienes Nacionales de 1902. En estos aspectos la sentencia del litigio del Tlahualilo fue prácticamente omisa; la Corte eludió todos los tópicos en que el prestigio jurídico —presente o pasado— del Gobierno pudiera estar comprometido, lo cual no deja de ser una conducta lamentable.

Hay sin embargo en los razonamientos de Cabrera un factor de distorsión acerca del espíritu de la legislación colonial en relación con la distribución del agua para riego. En primer lugar el derecho india-

¹⁵⁴ *Vid. supra* nota 121.

no fue poco integral en esta materia, ello motivó que el reglamento privado del padre Lasso de Vega de 1761 tuviera en realidad aceptación práctica. Cabrera soslaya la importancia de este ordenamiento porque de manera clara introduce el sistema de tandas para la distribución de aguas de riego. Aunque el reglamento fue un esfuerzo privado, la aceptación social y política que suscitó, pone de manifiesto cuál fue la mentalidad colonial sobre los asuntos de irrigación. El derecho pleno de propiedad sobre volúmenes específicos de agua nunca fue objeto de una definición precisa durante la Colonia.¹⁵⁵

Vera Estañol intentó contrapesar las tesis de la Compañía en relación con la apropiación individual del agua. En sus planteamientos concluye que los ríos en general fueron en nuestra tradición bienes del dominio público; que siempre existió un derecho al uso de sus aguas por parte de los ribereños, pero que este derecho no puede concepcuarse en la perspectiva de la apropiación civil. Vera aclara que aunque formalmente en la Colonia no se reconoció de manera expresa la existencia de ríos públicos, ni las tierras ni las aguas estaban en el Real Patrimonio como otros bienes, en razón de que en los territorios americanos había pueblos y comunidades que demandaban el ejercicio de la función de gobierno. Por la peculiaridad de las tierras americanas la Corona fue, cada vez más, desarrollando una actitud jurisdiccional y una conducta soberana; no fue solamente un instrumento para su administración inmobiliaria.¹⁵⁶

Hay insuficiencia en el razonamiento de Vera Estañol cuando trata de justificar la pertenencia del río Nazas al dominio de la Federación. Vera quiere hacer caber esta idea en el artículo 2º de la Ley de 5 de junio de 1888; sin embargo, lo que este precepto consagra es solamente la función reglamentaria a favor de los poderes federales.¹⁵⁷ Este es uno de los pocos tópicos en que los argumentos de Vera dejan un regusto de inferioridad respecto a los razonamientos de la demanda. Para su fortuna, como asentamos antes, este tema fue intencionalmente eludido por la sentencia de la Corte que siguió el derrotero más lleno de los incumplimientos contractuales por parte de la Com-

¹⁵⁵ MARGADANT, Guillermo F., "El agua a la luz del derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (I), México, UNAM, 1989, pp. 113 a 146.

¹⁵⁶ VERA ESTAÑOL, J., *Alegatos...*, op. cit. (10), p. 592.

¹⁵⁷ Dice textualmente el enunciado general del artículo 2o. de la Ley de 5 de junio de 1888. "Corresponde al Ejecutivo Federal la vigilancia y policía de estas vías generales de comunicación y la facultad de reglamentar es uso público y privado de las mismas...". (Se subraya para enfatizar).

pañía del Tlahualilo. Si la Corte pudo evadir esta disputa se debe también a que la Compañía nunca cuestionó la constitucionalidad de la aplicación en su caso de la Ley del 18 de diciembre de 1902.

Sobre el problema de la apropiación del agua deben tomarse en cuenta también los razonamientos que los representantes de los ribereños inferiores virtieron en torno del conflicto.¹⁵⁸ Cabe mencionar que el Sindicato de propietarios de la ribera inferior del Nazas fue admitido en el negocio del Tlahualilo en calidad de tercero interesado; con este carácter y por voz de Francisco Viesca y Lobatón el Sindicato produjo una *Refutación a la demanda de la Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora del Tlahualilo, S. A.* En el escrito de 163 hojas impresas, se controvierten, de manera especial, los criterios de interpretación del derecho comparado que emplearon los representantes de la Compañía y, también, las bases teóricas de la demanda.

En términos generales Francisco Viesca trata de establecer que en México colonial fueron aplicables los criterios generales del derecho romano y de los fueros peninsulares. Al respecto Viesca piensa que en ninguno de los países que integran nuestra tradición jurídica se ha definido un derecho franco de propiedad del agua; por el contrario, se trata de un derecho precario, sujeto siempre a las necesidades públicas de una cuenca o una región determinada. Los derechos derivados de las mercedes tuvieron para Viesca un objeto restringido: se constreñían a las aguas comprendidas dentro de los terrenos con los que llegaron a mercedarse; en cambio, las aguas de los ríos sólo se aprovecharon a través de autorizaciones de uso. La intervención pública es la única garantía para la preponderancia de la coordinación y el buen uso de los derechos de aprovechamiento que pueden beneficiar a los particulares.

A los ribereños no les interesaba sólo refutar los argumentos de la Compañía en relación con la propiedad de las aguas del Nazas; deseaban también desdecir el derecho de los ribereños superiores, pronunciándose en todas las ocasiones a favor de un sistema de distribución sin criterios topográficos; sólo basado en la conveniencia regional y en la proporcionalidad absoluta respecto de las cuotas de los derechohabientes. Así, los ribereños inferiores fueron siempre parciales a la idea de la injerencia pública en la distribución de los aprovechamientos del agua. A final de cuentas este fue el criterio que

¹⁵⁸ VIESCA Y LOBATÓN, F., *Refutación...*, op. cit. (17), pp. 118 y 119; también SARAVIA, Emiliano y VIESCA LOBATÓN, op. cit. (20), pp. 49 y 50.

prevaleció en el régimen mexicano de los recursos hidráulicos. Llama la atención que, por ejemplo, el artículo 27 Constitucional resulte tan coincidente con los argumentos que sostuvieron tanto el Gobierno Federal como los ribereños inferiores durante el conflicto del Tlahualilo. La idea del Estado "árbitro de la propiedad" es una de las constantes más firmes en nuestro desarrollo histórico; la injerencia pública en el conflicto del Tlahualilo significó la confirmación de una actitud política que sólo fue transitoriamente abandonada en los años del porfiriato.¹⁵⁹ El control público sobre los recursos naturales se convirtió en una de las banderas más insistentes de la revolución; así, fue posible que la Constitución de Querétaro acogiera una tradición en que la propiedad privada se legitimaba a partir de su origen público. El asunto del Nazas constituye, en este sentido, el preludio de la rectificación nacionalista que la revolución mexicana iba a plantear en años posteriores.

5.2. *La potestad reglamentaria*

Durante toda la tramitación del litigio del Tlahualilo se mantuvo la discusión en torno de la extensión que debía atribuirse a la potestad reglamentaria del Gobierno en relación con la distribución de aguas en el Nazas.

Uno de los argumentos más sugerentes de la demanda redactada por Cabrera, era aquél en el que expresaba que el Reglamento provisional de 1891, debía considerarse una novación del contrato-concesión de junio de 1888. Detrás del planteamiento de Cabrera, reposa un problema relacionado con la forma jurídica de entificación del Gobierno. Para el representante del Tlahualilo la concesión era llanamente un contrato, a cuya celebración el poder público acudía completamente despojado de su investidura soberana. Los actos futuros del Gobierno, —especialmente aquellos que emitiera en su carácter de autoridad— no podrían contravenir los términos del acuerdo que como persona moral éste hubiera contraído con anterioridad. Bajo esta perspectiva, la potestad reglamentaria del Gobierno debía considerarse autolimitada y constreñida a los espacios en los que no existieran compromisos precedentes. Para redondear esta tesis, hay que decir que, los acuerdos privados del Gobierno, debían fungir como

¹⁵⁹ DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el estudio del caso mexicano" en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 11, 1987, pp. 189-251.

retenes de una de sus potestades públicas más importantes y que los reglamentos futuros que implicaron la variación a los compromisos contraídos, requerían de la aceptación del sujeto privado que contrató con el Gobierno. Así, el Reglamento de 1891 era concebido, por una parte, como un desarrollo de los acuerdos con la empresa y, por otra, como un instrumento normativo que tenía como propósito, ordenar el mecanismo para distribución del agua de riego en la Laguna.¹⁶⁰

La tesis de Cabrera es ingeniosa pero al mismo tiempo insostenible; los actos de autoridad que el Gobierno ejecuta en cumplimiento de sus atribuciones reglamentarias no están limitados por los acuerdos privados que hubiese celebrado. El ejercicio de la potestad reglamentaria es un acto exorbitante para las dimensiones de cualquier contrato. Lo que sí puede surgir a favor del co-contratante del Gobierno es una acción indemnizatoria cuando la autoridad, por el ejercicio de sus atribuciones soberanas, compromete sus acuerdos anteriores; pero esto no quiere decir que el contrato y el reglamento puedan alinearse en un mismo nivel jerárquico del orden jurídico. Dicho en otros términos, un reglamento puede ser inconstitucional cuando afecta derechos legítimos surgidos al amparo de una situación jurídica anterior, pero, en este caso, la conculcación de los derechos del Tlahualilo era imposible de precisar, porque el contrato-concesión de junio de 1888 no determinaba alguna cantidad precisa de agua como cuota a disposición del Tlahualilo. Al reglamentar la distribución de aguas, el Gobierno estaba en libertad de asignar un gasto determinado a la Compañía.

El Reglamento provisional de 1891 se propuso como un régimen para ser evaluado en el transcurso de su aplicación. Este es un hecho que la Compañía reconoce; sin embargo, argumenta que no todas las disposiciones reglamentarias eran susceptibles de cambiarse. Las partes fijas del Reglamento de 1891, según el Tlahualilo, eran las que se referían a la proporción de las cuotas de agua destinadas a cada beneficiario. Si la Ley del 5 de junio de 1888, al declarar la jurisdicción federal sobre los ríos limítrofes como el Nazas, indicaba que la facultad reglamentaria de la Federación debía ejercerse respetando los usos, servidumbres y aprovechamientos, fundados en títulos legítimos o en la prescripción civil de más de 10 años, en realidad estaba reconociendo límites muy concretos a la facultad de emitir reglamentos. En el instrumento normativo —en este caso el Reglamento de 1891— tendría la autoridad que reconocer los derechos preexistentes y des-

¹⁶⁰ *Op. cit.* (15), *Demanda...*, pp. 112 y 113.

pués definir el mecanismo coordinado para su ejercicio. Al declarar los derechos precedentes, la autoridad confirmaba a favor de sus titulares las cuotas de aprovechamiento que éstos tenían reconocidos por títulos anteriores o por la prescripción: he aquí la parte inmóvil del Reglamento; lo que podrían variar en el futuro serían los mecanismos operativos de distribución. De otra forma, la propiedad sobre las aguas sería en realidad un derecho aleatorio, sujeto a la incorporación de nuevos agricultores demandantes de agua, a los que en el futuro habría que dotar en detrimento de los derechohabientes reconocidos.¹⁶¹ Si la Compañía se conformó con el Reglamento de 1891 no lo hizo con el de 1895 que reducía sustancialmente sus posibilidades de disposición sobre el agua. El Tlahualilo negó que a través de la facultad reglamentaria el poder público pudiera modificar el contenido y la extensión de los derechos que la autoridad legislativa en la Ley de 5 de junio de 1888, había mandado respetar; esos derechos no eran otros, sino los que fijó la autoridad administrativa en el Reglamento de 1891.

Sobre este aspecto pueden señalarse algunas incongruencias del Gobierno: es cierto que la concesión del Tlahualilo no especificó cuotas de agua para el riego de sus terrenos; es también verdad que la primera vez que el Gobierno fijó el volumen de la dotación del Tlahualilo fue en el Reglamento provisional de 1891. Ahora bien, el Reglamento de 1895 respetó en términos generales las proporciones de agua fijadas en su antecedente; lo que cambió sustancialmente fue la posición del Tlahualilo en el orden del suministro. En 1891 el Tlahualilo era un ribereño más cuyos derechos resultaban favorecidos por la posición topográfica de su tierra; para 1895 era efectivamente un beneficiario de sobrantes. La incongruencia del Gobierno se finca precisamente en el distinto criterio que emplea para definir la extensión de los derechos del Tlahualilo; en el primer Reglamento lo inserta como ribereño; en el segundo, sólo como beneficiario de sobrantes.

Para justificar sus dubitaciones el Gobierno explica que en 1891, los cálculos sobre el gasto del agua eran erróneos y, en consecuencia, el reconocimiento del volumen de agua a favor del Tlahualilo tuvo una base irreal, que fue rectificada por el Reglamento posterior, cuando se contaba con mejores datos para precisar la demanda real de los ribereños.

Es cierto que el agua del Nazas era insuficiente para atender todas las necesidades de los agricultores ribereños; incluso las de aquellos que recién se incorporaban al cultivo, pero el fondo del problema jurídico dependía de otras cuestiones, a saber: el Reglamento de 1895, cambió el criterio de distribución del agua por lo que respecta al Tlahualilo; a partir de su expedición, los derechos preexistentes comenzaron a perder estabilidad y a convertirse en objetos aleatorios que la autoridad administrativa determinaba centralmente. No la propiedad, sino las necesidades de desarrollo regional, ocuparon el sitio de criterio preponderante para la distribución de las aguas del Nazas; este desfase del criterio se concretó en términos definitivos en el Reglamento de 1909; en el de 1895 el criterio varió sólo en perjuicio del Tlahualilo, al que se cobraba su alejamiento topográfico de la zona de las riberas.

Lo que sucedió en realidad con los Reglamentos de 1891, 1895 y 1909 fue la evolución del régimen de propiedad de aguas en el derecho mexicano. El curso de estos tres instrumentos normativos deja una estela fácil de reconocer: es el paso de un sistema de propiedad basada en el derecho de la continuidad topográfica de los ribereños a otro donde el criterio es el arbitraje central de los recursos hidráulicos, en atención de las necesidades del desarrollo regional.

El asunto del Tlahualilo demuestra con mucha nitidez que la propiedad privada, definida como derecho individual a ultranza, era, al mismo tiempo, una condición y un obstáculo para el desarrollo productivo de la región de la Laguna. El Gobierno optó por afianzar la propiedad sobre la tierra y decidió definir burocráticamente el contenido de los derechos para el aprovechamiento del agua. En este sentido la potestad reglamentaria fue mucho más funcional que el ejercicio legislativo; los reglamentos sustrajeron los derechos del agua del ámbito de aplicación del Código Civil y afianzaron el papel conformador del Estado en relación con las prerrogativas de los beneficiarios. La propiedad, así, quedó escindida en dos vertientes distintas: la de la tierra, regulada y definida por los códigos civiles; la del agua, determinada por la autoridad administrativa a través del Reglamento.

Como la propiedad de la tierra en las zonas desérticas sólo se valoriza cuando se definen a su favor ciertas cuotas de agua para la irrigación, el Gobierno, controlando el suministro de agua, comenzó a ejercer la dirección sobre el sentido del espacio de la propiedad en la

¹⁶¹ *Ibidem.*, p. 111.

Laguna. Este proceso no culminó sino hasta que se decretó en 1936 la expropiación de los terrenos laguneros y, entonces, tierra y agua quedaron sujetos de manera directa al control del Estado.

6. EL ÚLTIMO ACTO

El litigio del Tlahualilo no terminó la disputa internacional que el Gobierno norteamericano había iniciado con motivo de la supuesta afectación de nacionales de ese país, involucrados en el negocio. Los Estados Unidos, en el contexto de la política del dólar, volvieron a la carga aprovechando la inestabilidad política del Gobierno mexicano a la caída de Porfirio Díaz. Momentáneamente, durante el efímero gobierno de Madero, los norteamericanos se mantuvieron agazapados; sin embargo, supieron sacar provecho de las necesidades políticas de Huerta y, junto con los negocios del Chamizal y del Colorado, manejaron el del Tlahualilo como factores condicionantes para brindar su apoyo político. Inmerso en las consecuencias del golpe de Estado, Huerta aceptó restablecer una cuota de agua para la Compañía del Tlahualilo a partir del mes de abril de 1913. Fueron 14 millones de litros anuales los que el Presidente espurio tuvo que ceder a la empresa, pasando sobre la resolución de rescisión de la Suprema Corte de Justicia.¹⁶² Este acto desesperado permitió sobrevivir a la Compañía del Tlahualilo hasta el momento de la expropiación cardenista.

La cuota de agua hubiera sido insuficiente aún para la operación mínima de la empresa, si ésta no hubiera tenido la posibilidad de captar agua como ribereña de San Fernando y como beneficiaria del Canal del Sarnoso, que recibía los escurrimientos de lluvia que resbalaban por las estribaciones de la Sierra de ese nombre.

¹⁶² ZORRILLA, Luis G., *Historia de las relaciones entre México y Estados Unidos, 1800-1953* (2 vols.), México, Porrúa, 1966, t. II, pp. 39 y 40; VERA ESTANOL, Jorge, *Historia de la Revolución Mexicana. Orígenes y resultados*, México, Ed. Porrúa, 1967, pp. 106 y 107; y también BULNES, F., *op. cit.* (90), pp. 270 a 275.

CONTROL PREVENTIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿UN CONSEJO CONSTITUCIONAL? *

Rafael ESTRADA SÁMANO

Queda claro que el Estado de Derecho se da cuando existe una sumisión al imperio de la Ley en la actuación de las autoridades. Al hablar genéricamente de las autoridades, se hace referencia a todas las autoridades y, por ende, se incluye a aquellos órganos de poder a los que la Ley Fundamental confiere la facultad de legislar, esto es, de emitir y promulgar normas generales y abstractas encaminadas a regular coactivamente la conducta de los individuos y los grupos, de manera que tal conducta se ajuste a los imperativos de un orden social justo, seguro y encaminado al bien común.

Sí, por supuesto, la autoridad legislativa, el legislador, también debe llevar a cabo sus actividades dentro de la Ley, especialmente y como expresión suprema de ésta, dentro de la Constitución, pues, como expresara bellamente Herrera y Lasso, "las constituciones, definidas en términos abstractos y abstrusos por los tratadistas, son en realidad, una organización sistemática de limitaciones al poder público que definiendo lo que los gobernantes deben hacer, lo que pueden hacer y lo que no pueden hacer, levanta una barrera a la arbitrariedad, al despotismo y a los abusos del poder y soluciona el problema vital de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Coordinación de fuerzas y resistencia o proceso de adaptación, de adecuación de lo externo a lo interno, es siempre la armonía del conjunto lo que las constituciones se proponen como fin. Desconfiadas y recelosas, limitan el poder con el poder, pero con la finalidad superior de garantizar la libertad, la igualdad y la justicia".¹

* Trabajo presentado por el autor en el Foro sobre el Estado de Derecho en México, organizado y llevado a efecto por la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A.C., en México D. F., el 29 de marzo de 1990.

¹ HERRERA y LASSO, Manuel. *Estudios Constitucionales*, Segunda Serie. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Editorial Jus, México, 1964. Pág. 18.

Al hablar de autoridades dotadas por la Ley Fundamental con la facultad de legislar, me refiero no sólo a aquellas, que emiten leyes en sentido estricto o formal, es decir, no solo al Poder Legislativo, sino también a aquellas otras que tienen capacidad para emitir normas jurídicas que son verdaderamente leyes en sentido lato o material.

Es bien sabido que en México, al igual que en otros países, se ha conferido al Poder Ejecutivo, a través de la llamada facultad reglamentaria, la capacidad de expedir, promulgar y aplicar normas jurídicas que sin duda son materialmente legislativas, aunque formalmente sean administrativas y sean dadas a conocer como reglamentos, decretos, órdenes y acuerdos. Además, no debe olvidarse que el Poder Ejecutivo tiene también la facultad de iniciar leyes ante el Poder Legislativo y que, una vez aprobadas por éste, puede vetarlas o proceder a su promulgación y publicación, atribuciones todas éstas que hacen participe al Poder Ejecutivo en el proceso legislativo.

Así entendidas para los propósitos de esta exposición, las expresiones "ley" o "leyes" en su sentido lato y material, continúo con su desarrollo.

Siempre ha preocupado a los constitucionalistas y a los amantes de la libertad, la igualdad y la justicia, el problema del control de la constitucionalidad de las leyes.

Esta preocupación está, debe estar, más presente que nunca en la actualidad, cuando la actividad legislativa se desarrolla febrilmente, con una gran proliferación de normas jurídicas. No interesa esclarecer si tal proliferación es benéfica o no para la comunidad, si es o no adecuada para la consecución de determinados objetivos políticos y sociales, más o menos bien intencionados y concebidos. Interesa señalar que ante tal proliferación, cabe la razonable duda acerca de si las autoridades que legislan con tanto empeño y entusiasmo ajustan o no su febril y denodada actividad a la Ley Suprema, como lo exige el Estado de Derecho, según quedó asentado arriba.

Si, como sospecho, la respuesta a ese razonable cuestionamiento es en el sentido de que no siempre el legislador ajusta su actuación a los límites que le impone el orden constitucional, entonces interesa escudriñar cuáles son los mecanismos que ese mismo orden establece para remediar tan anómala situación y constreñir la actividad legislativa a dichos límites.

Sin entrar en mucho detalle, en nuestro medio, ¿cuál es el procedimiento para impugnar las leyes que se aparten del orden constitucional? Rápidamente puede contestarse que el llamado amparo contra

leyes, pero es preciso analizar si de acuerdo con la forma en que se halla regulado, es idóneo para la defensa constitucional.

De los amparos que cotidianamente se plantean ante la justicia federal, incomparablemente el mayor número tiene su origen en la inexacta aplicación de alguna ley. Pero, aunque en reducido número, hay otros amparos en que se reclama la inconstitucionalidad misma de la ley que se pretende aplicar. Aquí debe llevar a cabo el juez federal un contraste entre la Constitución y la ley inferior impugnada, dentro de lo que es una función de índole típicamente constitucional.

Debe advertirse además, como lo hacen nuestros tratadistas más objetivos y honestos y menos inclinados a examinar el amparo con cierto romanticismo nacionalista, que es en el amparo contra leyes donde hace crisis el carácter individualista de la institución del amparo. En efecto, para la doctrina, la ley secundaria y la jurisprudencia, ha existido siempre el problema de cómo conciliar el elemento perjuicio concretado en una persona, que es indispensable para la procedencia del amparo, con la naturaleza impersonal, abstracta y general de la ley.

A mi juicio, el amparo contra leyes no se ha perfilado como un sistema de genuino control de la constitucionalidad. Por lo que toca a la jurisprudencia, es en esta clase de amparos donde podría hallar el clima más propicio para desarrollarse, porque a diferencia de cuando el acto lesivo de alguna garantía constitucional se dirige exclusivamente a un individuo, en el amparo contra una ley debería bastar una sola definición de inconstitucionalidad para que la ley contraria a la norma suprema ya no pudiera aplicarse a ninguna de las personas comprendidas en los supuestos de aquélla. Esto es, que los efectos de esa definición deberían operar *erga omnes*. Por lo que hace al amparo promovido anticipadamente a la aplicación coactiva de una ley, es muy conocido el esfuerzo con que su admisión se ha abierto paso por entre atávicos prejuicios, pero sin que lo poco que en ese aspecto se ha conseguido signifique que el juicio de amparo haya dejado de ser lo que siempre ha sido: una defensa del individuo. Ello determina quizá, en palabras de Tena Ramírez, "que el amparo no sea lo que acaso nunca podrá ser: una defensa directa y autónoma, de la Constitución".²

De acuerdo con la incontrastable conclusión a que llega el Maestro Juventino V. Castro después de estudiar exhaustivamente la génesis, el alcance y los efectos de la famosa Fórmula Otero, en virtud de la aplicación de dicha Fórmula, "no hay amparo contra leyes inconstitu-

² TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1968. Pág. 494.

cionales, sólo hay amparo contra la aplicación de esas leyes a un caso concreto, planteado por un individuo que fue lo suficientemente vigilante para exigirlo a la justicia federal".³

Antonio Carrillo Flores refería que en un congreso interamericano de Derecho constitucional, "se expuso la idea, que cuenta cada vez con un número creciente de pareceres entre los estudiosos mexicanos, de que, modificándose la fórmula que Otero acogió en el Acta de Reformas y que conservaron los Constituyentes de 1857 y después los de 1917, las sentencias de amparo que condenen una ley como inconstitucional valgan no sólo para el caso concreto sino para cualquier otro". Y añadía: "acaso, como yo me he atrevido a proponerlo, una fórmula intermedia y realista fuese que las sentencias de que vengo hablando se comunicasen al Congreso respectivo, ya fuese federal o local, para que éste derogase la ley o la modificara para ajustarla a los términos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia".⁴

En todo caso, ante las limitaciones y deficiencias tan manifiestas de nuestro amparo contra leyes, me pregunto: ¿no valdría la pena pensar en algún medio de control de la constitucionalidad de las leyes que operara *a priori*, preventivamente, es decir antes de que la ley entre en vigor?

Siempre he sostenido que el objeto del Derecho comparado no es tan sólo llevar a cabo una fría equiparación de los ordenamientos jurídicos. El fruto que se obtiene de él consiste en que esa equiparación sirve en muchas ocasiones de motor para que la legislación propia se modifique o reforme, a la luz de los logros que en otras legislaciones se hayan obtenido. El Derecho comparado sirve, pues, grandemente para reformar sistemas, adoptando y adaptando aquellos que sean más jurídicos, que vayan más de acuerdo con la realidad, los cuales pueden haber sido concebidos en una época distinta o por una comunidad humana diferente. Solamente cuando se entiende así, el Derecho comparado tiene sentido. De otro modo, se reduce a una ociosa, aunque pueda parecer erudita, confrontación de leyes.

Es en este contexto que he de describir, tan brevemente como me sea posible, el mecanismo de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes que con imaginación y audacia introdujeron los autores de la Constitución de la Quinta República Francesa de 1958, utilizando

para ello la histórica institución del Consejo de Estado y erigiendo un órgano de nueva creación, el Consejo Constitucional. Seguiré de cerca para ello los comentarios del afamado profesor francés André Tunc y de mis estimados maestros Charles Szladits y Henry de Vries.⁵

Bajo la Constitución de la Tercera República, es cierto, ningún tribunal estaba facultado para revisar la constitucionalidad de la acción legislativa. Esto obedecía principalmente a una razón de tipo histórico. Durante el *Ancien Regime*, la actitud de los Parlamentos, que eran las más altas cortes de justicia, había sido frecuentemente la de obstruir las reformas necesarias que el Rey y el pueblo demandaban. La resultante insatisfacción popular con la administración de justicia, condujo durante la Revolución a una gran desconfianza en la judicatura y a la opinión generalizada de que ésta no debería intervenir en manera alguna respecto de la aplicación de la voluntad popular expresada en las leyes. La aplicación de la ley era considerada como la única tarea de la judicatura. Durante un periodo, aunque no más acá de 1804 cuando el Código Civil entró en vigor, se confió en que el derecho en su integridad podría ser expresado en forma escrita, tan claramente que no requeriría interpretación. Consiguientemente, el deber de los tribunales sería meramente el de aplicar las leyes, no el de interpretarlas. Así, *a fortiori*, la idea de que los tribunales podrían juzgar las leyes, aun desde el punto de vista de su constitucionalidad, era abiertamente rechazada.

Pero por otro lado, si el pueblo francés con el tiempo adquirió la confianza en que su Parlamento no expediría leyes arbitrarias o inconstitucionales, no tenía la misma confianza en la rama ejecutiva del gobierno y en las autoridades locales. Ese pueblo sentía que el ejercicio diario del poder para expedir normas por los diversos Secretarios y Alcaldes, así como las decisiones administrativas hechas diariamente respecto de casos individuales, eran mucho más tendientes a ejercitarse en contra de las leyes y de los derechos de los ciudadanos

⁵ TUNC, André. "The Fifth Republic, the Legislative Power and Constitutional Review, en *American Journal of Comparative Law*, núm. 9, pp. 335 a 343, Nueva York, 1960.

SZLADITS, Charles. *European Legal Systems*, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University. Nueva York, 1974, pp. 266 a 277.

DE VRIES, Henry P. y GALSTON, Nina M. *Materials for the French Legal System, Constitution, Treaty and Codes*. Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University. Nueva York, 1969, pp. 25 a 27.

DE VRIES, Henry P. *Civil Law and the Anglo-American Lawyer*. Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, Nueva York, 1976, pp. 84, 105, 106, 120 a 122.

³ CASTRO, Juventino V. *Hacia el Amparo Evolucionado*. Editorial Porrúa, México, 1971, Pág. 42.

⁴ CARRILLO FLORES, Antonio. *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, México, 1981, Págs. 32 y 33.

que la acción legislativa a violar la Constitución. Un cuerpo especial, el Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) adquirió consiguientemente la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración, facultad que conserva hasta hoy. El ciudadano que considere que un reglamento expedido por el Poder Ejecutivo o la Administración Pública es nulo, puede simplemente decidir desconocerlo; si posteriormente es acusado por la violación de dicho reglamento, puede acudir en vía de defensa ante el Consejo de Estado para obtener la declaración de la invalidez del reglamento, por inconstitucional o ilegal. La tradición francesa reconoce de esta manera la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración, si bien tal reconocimiento no existía respecto de la posibilidad de que las leyes fueran sometidas a la misma revisión.

La revisión constitucional se extendió por primera vez a la acción legislativa cuando la Constitución de la Cuarta República, promulgada el 27 de octubre de 1946, estableció un Comité Constitucional. Este intento, sin embargo, fue muy modesto y el Comité nunca desempeñó un papel importante; en los doce años de su existencia, solamente emitió una decisión y ésta fue de importancia relativamente secundaria.

Por el contrario, la Constitución de la Quinta República, promulgada el 4 de octubre de 1958, creó un Consejo Constitucional destinado a ser una parte importante de la maquinaria del Estado francés. La nueva organización de las respectivas responsabilidades de las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno bajo dicha Constitución, fue uno de los principales factores que los redactores de la Constitución tuvieron en cuenta para insertar en dicha Ley Fundamental el Título que creó y reglamentó un verdadero tribunal constitucional: el Consejo Constitucional.

Una razón más amplia influyó, sin embargo, en la creación de este Consejo. Aun cuando el régimen político creado por la nueva Constitución estaba todavía lejos de ser un régimen presidencial, se apartaba del modelo parlamentario al que Francia estaba acostumbrada. El otorgamiento de nuevas facultades al Presidente y al Gabinete en materia política y la consiguiente disminución en el papel del Parlamento fue un aspecto que preocupó a muchas personas, aun cuando no se opusieran a estas medidas. La creación del Consejo Constitucional representó la respuesta institucional que se dio al pueblo francés en el sentido de que todos los órganos del Estado continuarían sometidos al imperio del derecho y de que un tribunal sería el guardián permanente de la Constitución.

El carácter del Consejo Constitucional explica su composición. Consta de nueve miembros, más los expresidentes de la República. Tres de los miembros son designados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Son designados para un periodo de nueve años y no pueden ser designados de nuevo. Un tercio del Consejo se renueva cada tres años y el presidente del mismo Consejo es nombrado por el presidente de la República y tiene, en caso de empate, voto de calidad.

El carácter de este Consejo Constitucional también explica la variedad y el alcance de sus facultades. Asegura la legalidad de las elecciones del presidente de la República, de los diputados y senadores y examina asimismo la legalidad de los procedimientos de referéndum que prevé la Constitución; puede también, en caso necesario declarar vacante la presidencia de la República o declarar que el presidente tiene incapacidad temporal o permanente para continuar en su cargo.

El punto de mayor interés para los propósitos de este trabajo es, sin duda, el de la facultad del Consejo Constitucional para emitir decisiones sobre la constitucionalidad de proyectos de ley sometidos a la consideración del Parlamento. En este aspecto, la Constitución establece una distinción entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias. Debido a la importancia de las primeras, los proyectos correspondientes deben ser sometidos al Consejo Constitucional para que éste decida sobre su constitucionalidad y podrán ser promulgadas solamente que el Consejo haya declarado que son constitucionales. Por el contrario, los proyectos de leyes ordinarias son revisados por el Consejo Constitucional solamente en caso de que haya controversias acerca de su constitucionalidad, para lo cual la Constitución establece dos procedimientos que en beneficio de la brevedad no entro a considerar en detalle.

En la esfera de su competencia, el Consejo Constitucional es supremo. Sus decisiones no pueden ser recurridas ante ninguna autoridad. La Constitución expresamente establece que son obligatorias respecto de cualquier autoridad administrativa o judicial.

Así, aunque la Constitución que comento parece aceptar y retener el principio tradicional de que los tribunales ordinarios no están autorizados para revisar la constitucionalidad de las leyes, un nuevo y alto cuerpo judicial ha sido creado para revisar, ya sea automáticamente o a petición de determinados funcionarios del gobierno, la constitucionalidad de un proyecto de ley, antes de su aprobación o, en todo caso, antes de que sea firmado y promulgado.

Por lo que respecta a las facultades del Consejo de Estado, esta Constitución no las cambió en manera alguna, de tal manera que en tanto que el Consejo Constitucional interviene en la revisión preventiva de la constitucionalidad de las leyes, el Consejo de Estado continúa facultado para revisar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración. Se ha pensado que esta dualidad de órganos genera el peligro de un conflicto de puntos de vista acerca de lo que puede ser materia para la acción legislativa frente a lo que puede ser objeto de mera reglamentación. Una materia determinada puede ser considerada dentro o fuera del área de competencia del Ejecutivo por el Consejo de Estado y al mismo tiempo dentro o fuera de la esfera del Parlamento por el Consejo Constitucional. Dos tribunales para la revisión constitucional no son mejores que uno solo. Se ha comprobado que este riesgo, sin embargo, no es de gran magnitud. Los posibles conflictos han sido temporales y circunstanciales y, en todo caso, ya que la Constitución muy claramente requiere que el Consejo de Estado, como cualquier otra autoridad judicial, se someta a las decisiones del Consejo Constitucional, éstas han prevalecido. En teoría el Consejo Constitucional podría haber sido constituido como el único tribunal constitucional, pero habría sido extremadamente infortunado, en opinión de los tratadistas, abrogar la facultad tradicional del Consejo de Estado para examinar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración.

Estos son los mecanismos de control de la constitucionalidad que Francia ha establecido para promover una mayor efectividad de su gobierno, sin menoscabo de la protección del cuidado contra las violaciones de la Constitución.

Es incuestionable que en la formación y el desarrollo del sistema jurídico mexicano ha tenido gran influencia el derecho francés, sobre todo en materias propias del derecho privado, aunque también señaladamente en el derecho administrativo. Ante las deficiencias de nuestro amparo contra leyes, ¿por qué no considerar la posibilidad de establecer en nuestro orden constitucional un sistema de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, inspirado en el modelo francés? Esto se haría naturalmente con las necesarias adecuaciones requeridas por nuestro régimen federal y admitiendo quizá la coexistencia de dicho sistema con nuestro tradicional juicio de amparo.

Por lo demás, en nuestra historia constitucional existe el antecedente de un órgano al que las Bases Constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835 atribuían facultades

similares a las que en materia de control de la constitucionalidad de las leyes tienen el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en la Francia de hoy. Véase a este respecto el Artículo 12, fracciones I, II y X, así como el Artículo 15 de la Segunda de dichas Bases.⁹ No es extraño que dicho órgano, el Supremo Poder Conservador, concebido y creado en nuestro borrascoso siglo XIX, haya quedado liquidado y desprestigiado al triunfar el bando liberal en la radical querrela entre liberales y conservadores que tuvo lugar durante la mayor parte de dicho siglo. Con todo, hay que señalar la existencia del antecedente que se originó en México, con más de un siglo de anticipación respecto de la creación del Consejo Constitucional en la Francia moderna y liberal.

⁹ "12. Las atribuciones de este supremo poder, son las siguientes:

- I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el supremo poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del poder Legislativo, en representación que firmen dieciocho por lo menos.
- II. Declarar, excitado por el poder legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas...
- X. Dar o negar la sanción a las reformas de constitución que acordare el congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva...

"15. Toda declaración y disposición de dicho supremo poder conservador, dada con arreglo a las disposiciones precedentes, y citando la respectiva, debe ser obedecida al momento y sin réplica por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución". TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1985*. Decimotercera Edición. Editorial Porrúa, México, 1985, pp. 210 y 211.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INVENTOS FARMACÉUTICOS

Bernardo GÓMEZ VEGA

y

Horacio RANGEL ORTIZ

SUMARIO: Nota preliminar. I. Niveles de protección patentaria de las invenciones farmacéuticas. 1. Las prohibiciones de patentar. A. El origen de las prohibiciones de patentar. B. Tesis que sirvieron para justificar la prohibición de patentar invenciones farmacéuticas. C. Las prohibiciones de patentar a finales del siglo XX. D. La patente como garantía de la rentabilidad de la inversión en investigación. La tesis de Bercovitz. E. El progreso tecnológico como un fenómeno mundial. 2. Las exclusiones temporales de patentabilidad. A. Las exclusiones temporales de patentabilidad en el Derecho de patentes mexicano. B. El carácter temporal de las exclusiones de patentabilidad en el plano supranacional. C. La situación en otros países industrializados en materia de protección de invenciones farmacéuticas. 3. Las alternativas de protección de la invención farmacéutica. A. La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, la conveniencia de extender el ámbito de protección de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado y de instaurar la inversión de la carga de la prueba. B. Extensión de la protección de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado. C. Insuficiencia de la protección conferida a través de la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto obtenido por el proceso patentado. D. La inversión de la carga de la prueba. 4. La situación mexicana referida a la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado y la inversión de la carga de la prueba. II. Razones que justifican la protección patentaria de las invenciones farmacéuticas y la adopción de la patente reforzada. 1. La problemática de hoy en la investigación farmacéutica. A. Conservación de esquemas para solucionar problemas inexistentes a finales del siglo XX. B. La falta de protección se traduce en una sensible reducción del presupuesto destinado a la investigación farmacéutica. C. Existencia de 20,000 enfermedades que actualmente son incurables. 2. El proceso de investigación farmacéutica. A. Alrededor de 10,000 compuestos son filtrados antes de que uno solo llegue al mercado como una medicina terminada. B. Intensos ensayos pre-clínicos son necesarios antes de que una medicina sea aplicada a voluntarios. C. Los ensayos clínicos. 3. Costos de la investigación farmacéutica y pérdidas derivadas de la desprotección. 4. La protección de los derechos intelectuales como una obligación universal.

NOTA PRELIMINAR

En el momento que se escriben estas líneas se tiene conocimiento de la existencia de 30,000 enfermedades que afectan la salud. El avance de la ciencia ha permitido "encontrar" medicamentos para hacer frente sólo a una tercera parte de esas enfermedades. Ello significa que, al día de hoy, la humanidad padece 20,000 enfermedades para las cuales no se conoce un medicamento que permita curarlas.

Paradójicamente, en el mismo momento que se deja constancia de lo anterior, las leyes de distintos países incluyen prohibiciones para la patentabilidad de inventos farmacéuticos, esto es, prohibiciones para el otorgamiento del único instrumento que se conoce hasta la fecha para el fomento de la investigación farmacéutica.

En apoyo de estas prohibiciones se arguyen una serie de razones, no siempre claras, que se estima conveniente revisar a la luz de las realidades de nuestro tiempo y el que se avecina. No es este el momento para emitir juicios de valor sobre la prudencia de haber incluido prohibiciones de patentabilidad al momento de ser redactados los códigos que rigen la protección de los inventos y el otorgamiento de las patentes. Sí, en cambio, es imperioso examinar la justificación de las prohibiciones de patentabilidad de los inventos farmacéuticos, en una época en que el desarrollo científico y tecnológico ha dejado de ser un fenómeno local.

De acuerdo con las reglas que rigen la patentabilidad en los términos de la Ley de Invenciones y Marcas de 1975 reformada en 1986, el Estado mexicano se encuentra expresamente impedido para otorgar títulos de patente que amparen productos farmacéuticos. Ante la imposibilidad de obtener patentes de productos farmacéuticos en nuestro medio, queda como única alternativa la patente de procedimiento, es decir, patentes que amparan procedimientos (no biotecnológicos) para la obtención de un producto farmacéutico. Sin embargo, la patente de proceso o procedimiento involucra una problemática especial ignorada en las leyes mexicanas. Ello resulta en la falta de protección patentaria para las invenciones de procedimiento, cuando las reglas que rigen su protección no permiten de modo expreso la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los litigios que versan sobre invasión de patentes de procedimiento. Similares inconvenientes resultan de la ausencia de referencias expresas que sirvan de apoyo a la extensión de la protección al producto obtenido a través del procedimiento patentado.

En efecto, la protección jurídica de los inventos farmacéuticos no es una cuestión novedosa en el Derecho universal de patentes. Lo mismo puede afirmarse del estudio analítico de esta problemática. Sin embargo, el estado de la situación mexicana parece caracterizarse por la falta de consideración a una serie de aspectos fundamentales del Derecho de patentes en general y en particular de la problemática de las invenciones farmacéuticas. Tal situación parece también originarse en versiones equivocadas o inexactas sobre el funcionamiento, la justificación y los objetivos que desempeña —o debiera desempeñar— el sistema de patentes en nuestro tiempo. A estos aspectos nos referimos a continuación.

1. NIVELES DE PROTECCIÓN PATENTARIA DE LAS INVENCIONES FARMACÉUTICAS

1. Las prohibiciones de patentar

A. *El origen de las prohibiciones de patentar*

El problema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas constituye un tema que no es, ni típicamente mexicano, ni tampoco es exclusivo de los momentos actuales, sino que tiene una larga tradición de discusiones, de controversias, no tanto en México como en otros países industrialmente avanzados. No es el caso de incluir en este trabajo un estudio de la evolución de las prohibiciones de patentabilidad, pues ya otros se han ocupado del estudio de la cuestión en términos magistrales.¹ En todo caso habrá que referirse, aunque sólo sea de paso, a las observaciones derivadas del estudio de la evolución experimentada por otros ordenamientos en esta materia, ya que esos estudios han servido para poner de manifiesto una serie de opiniones y de experiencias dignas de ser tomadas en cuenta ahora.

Las investigaciones de Bercovitz muestran que las normas prohibitivas de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas en los diversos ordenamientos, tienen como antecedente fundamental el artículo 3 de la derogada Ley francesa de 5 de julio de 1844. Con anterioridad a la Ley de 1844 no existía en el Derecho francés prohibición alguna de patentar invenciones relativas a medicamentos.

¹ Véase el trabajo de Alberto BERCOVITZ, *Hitos históricos en la evolución del problema en el Derecho comparado, "La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas,"* en *La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1974, pp. 131 y ss.

La prohibición de patentar medicamentos aparece nuevamente en la Ley reguladora de las patentes en el nuevo Reino de Italia, de 30 de octubre de 1859, que contenía una norma substancialmente idéntica a la establecida en la Ley francesa de 1844, al declarar en el artículo 6 que no podían ser objeto de patente los medicamentos de cualquier clase.

En la primera Ley alemana de patentes, de 25 de mayo de 1877, se encuentra, al igual que en las otras leyes europeas de la época, la prohibición de patentar las invenciones de medicamentos, aunque matizada por el hecho que admitió desde el primer momento y en el texto mismo de la Ley, la concesión de patentes para las invenciones referentes a los procedimientos para la obtención de productos medicamentosos.² En otro lugar nos referiremos a la influencia que tuvo en otros países, como Suiza, el sistema de protección de las invenciones farmacéuticas adoptado en la Ley alemana, en términos no del todo diferentes a los que recientemente han surgido en Estados Unidos a través de la Ley de Comercio y Aranceles y del Sistema de preferencias generalizado.³

Es evidente que los sistemas antes mencionados tuvieron lo mismo partidarios que críticos muy severos. Como es sabido, todos estos países han modificado sus códigos de patentes, para permitir la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, como hoy se conoce. Y ello es así en virtud de que las razones invocadas durante el siglo pasado para justificar la prohibición de patentar las invenciones farmacéuticas están hoy en gran parte superadas.

B. Tesis que sirvieron para justificar la prohibición de patentar invenciones farmacéuticas

Los legisladores del siglo pasado justificaban las prohibiciones de patentabilidad arriba mencionadas, fundamentalmente desde dos puntos de vista. Por una parte, consideraban que, dado el sistema establecido por la ley de concesión de las patentes sin examen administra-

² Un estudio completo de la cuestión aparece en BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 132-226.

³ Para un estudio del funcionamiento de estas figuras y su influencia en las legislaciones contemporáneas sobre propiedad intelectual puede consultarse, MANFREDO CIKATO, "Negociar y golpear: nueva estrategia para la propiedad intelectual," en *Derechos Intelectuales*, ASIPI, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 14-32.

tivo previo, el otorgamiento de patentes para composiciones farmacéuticas y remedios podía ser explotado por los charlatanes, los cuales podían obtener patentes para sus productos y utilizarlas como medio de publicidad para suscitar en el público una cierta apariencia de garantía oficial de tales productos. Por otra parte, se temía que la concesión para los medicamentos del monopolio que la patente significa pudiera dar lugar a abusos, en el sentido que se establecieran precios excesivos para los productos patentados, siendo así que los productos en cuestión serían necesarios para el mantenimiento de la salud.⁴

C. Las prohibiciones de patentar a finales del siglo XX

Mas para comprender adecuadamente el significado de la prohibición legal y de los argumentos invocados a su favor es preciso tomar en consideración el contexto, tanto económico como jurídico, de la época. Desde el punto de vista económico, en la época en que surgen las prohibiciones no existe una verdadera industria farmacéutica.⁵ La mayor parte de los medicamentos vendidos en las farmacias eran elaborados en la propia botica. Ello implica, entre otras cosas, que no se planteaba el problema de la financiación y de las inversiones en investigación. Desde el punto de vista jurídico, es evidente que los ordenamientos jurídicos de la época no disponían de muchos de los instrumentos técnicos vinculados a la intervención de la Administración pública en la actividad económica, que tanto desarrollo experimentarían con posterioridad.⁶

Como señala Bercovitz,⁷ ante todo, parece necesario afirmar que las razones durante el siglo pasado para justificar la prohibición de pa-

⁴ La prohibición se basaba, pues, en la idea humanitaria de facilitar la inmediata difusión, en beneficio de todo el mundo, de los inventos relacionados con el arte de curar. BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 134-136. 136.

⁵ Efectivamente, las primeras prohibiciones de patentar aparecen a mediados del siglo XIX y es hacia finales de ese siglo y principios del siglo XX cuando surgen los primeros laboratorios en Francia, Alemania, Suiza y Estados Unidos, que más adelante representarían la industria farmacéutica como hoy se conoce. Para un estudio sobre el origen de la industria farmacéutica véase Philippe Meyer, *La révolution des médicaments, Mythe et réalités*, Librairie Arthème Fayard, 1984, pp. 73 y ss.

⁶ BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 134-136. Un estudio sobre la evolución de la industria farmacéutica aparece en MEYER, *op. cit.*, pp. 73-88.

⁷ BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 250-255.

tentar las invenciones farmacéuticas están hoy en gran parte superadas. Por un lado, existen ya en el ordenamiento jurídico técnicas que adecuadamente aplicadas pueden impedir los abusos de las patentes. En otro aspecto, y por lo que se refiere al riesgo de que las patentes sean utilizadas para una publicidad excesiva o engañosa de los medicamentos, resulta evidente que el Estado tiene también los medios necesarios para controlar la publicidad de las especialidades farmacéuticas.⁸ Así pues, señala este mismo autor, las razones mencionadas no pueden tener hoy, de ninguna manera, la trascendencia que se le atribuyó durante el siglo pasado, y si se siguen manejando es debido, seguramente, al impacto psicológico que producen en la opinión pública. En cualquier caso, es evidente, sin embargo, que no pueden ser determinantes en la actualidad para la solución del problema.

D. La patente como garantía de la rentabilidad de la inversión en investigación. La tesis de Bercovitz

Desde otro punto de vista es preciso considerar, además, la existencia de una serie de circunstancias totalmente diversas a las que concurrían en el momento de establecerse las prohibiciones de patentar las invenciones farmacéuticas, que Bercovitz⁹ presenta como sigue.

Ha nacido una importantísima rama de la industria —la industria farmacéutica— que no existía en el siglo pasado y ello ha hecho que las patentes hayan cobrado un significado verdaderamente nuevo. La importancia actual de la patente se centra no tanto en que constituye un medio de recompensar al inventor, sino más bien en que sirve para garantizar, dentro de ciertos límites, la rentabilidad de las inversiones capitalistas imprescindibles para la investigación.

El inventor es una persona que investiga normalmente por vocación y, por consiguiente, el hecho de que la patente otorgue una protección más o menos amplia para sus invenciones puede no influir decisivamente en su actividad. Muy distinta es, por el contrario, la perspectiva desde el punto de vista de las inversiones de capital. Para éstas la posible rentabilidad es esencial, y esa rentabilidad viene en gran parte

⁸ En México está regulado el tema de la publicidad de las especialidades farmacéuticas por la Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación* de 7 de febrero de 1984 y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Publicidad, *Diario Oficial de la Federación* de 26 de septiembre de 1986.

⁹ BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 252-256.

condicionada, en la investigación farmacéutica, por la posibilidad de explotar en exclusiva los inventos fruto de esa investigación. En definitiva, por tanto, la patente es una garantía de la rentabilidad de la inversión en investigación. Si esa garantía se suprimiera o se debilitara excesivamente parece claro que no habría inversiones en este campo y que, por consiguiente, no sería posible investigar por falta de medios económicos.¹⁰

E. El progreso tecnológico como un fenómeno mundial

Existe otro factor, sin embargo, que sirve en parte de contrapeso frente al planteamiento anterior y de complemento a la tesis de Bercovitz.

En efecto, durante el siglo pasado cada país tenía que impulsar su propio progreso tecnológico entendido este progreso como un fenómeno exclusivamente a nivel nacional.¹¹ Pero ocurre que hoy día —dadas las facilidades de comunicación, al menos entre los países con un cierto grado de desarrollo— la investigación se hace y la técnica progresa a escala mundial. No resulta, pues, imprescindible para que el progreso tecnológico continúe, que se concedan a los inventores los mismos derechos en todos los países. Si en un país determinado no se conceden patentes para un determinado tipo de invenciones, no por ello dejarán de realizarse invenciones de este tipo; se realizarán en otros países. Y las industrias del país en cuestión podrán conocer, además, esas invenciones acudiendo a cualquiera de los Registros de Patentes de los países más avanzados. Allí encontrarán las nuevas reglas técnicas descritas en forma suficiente como para poder ejecutarlas, aunque esa ejecución haya de realizarse sin contar con el conocimiento del know-how del inventor o del titular de la patente extranjera, ya que el know-how sólo podrá conseguirse normalmente por medio de un contrato de licencia y traspaso tecnológico. Esta situación es la que permite adoptar posturas como la que algunos países han hecho

¹⁰ Un estudio sobre las dificultades de la industria farmacéutica, incluyendo los costos de un medicamento y las dificultades de investigación aparece en MEYER, *op. cit.*, pp. 161-178. Véase también Anthony ROBBINS y Phyllis FREEMAN, *Obstacles to Developing Vaccines for the Third World*, *Scientific American*, November 1988, pp. 90-95.

¹¹ Se otorgaban por ello patentes no sólo para las invenciones propiamente dichas, sino además para la introducción en el país de nuevas técnicas conocidas en el extranjero. Nos referimos, por supuesto, a las patentes de introducción. BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones", *op. cit.*, p. 252.

suya en el campo de la industria farmacéutica. Y es que hoy día resulta perfectamente posible seguir el avance tecnológico —con cierto retraso, evidentemente— por el sencillo medio de la copia de las patentes extranjeras, siempre que se posea, por supuesto, el nivel tecnológico suficiente para copiar y crear, en caso necesario, el correspondiente know-how.¹²

2. Las exclusiones temporales de patentabilidad

A. *Las exclusiones temporales de patentabilidad en el Derecho de patentes mexicano*

De las distintas categorías de invenciones excluidas de la protección patentaria en el ordenamiento mexicano,¹³ para los efectos del presente trabajo, hay que destacar las siguientes:

- * *medicamentos en general;*
- * *productos químico-farmacéuticos;*
- * *productos químicos;*
- * *alimentos para consumo animal;*
- * *bebidas para consumo animal;*
- * *fertilizantes;*
- * *plaguicidas;*
- * *herbicidas;*
- * *fungicidas;*
- * *productos con actividad biológica.*

Procesos biotecnológicos de obtención de los siguientes productos:

- * *farmoquímicos;*
- * *medicamentos en general;*
- * *bebidas para consumo animal;*
- * *alimentos para consumo animal;*
- * *fertilizantes;*
- * *plaguicidas;*
- * *herbicidas;*
- * *fungicidas;*
- * *productos con actividad biológica.*

¹² Véase *ibid.*

¹³ Ley de Invenciones y Marcas de 1975 reformada en 1986. *Diario Oficial de la Federación* de 10 de febrero de 1976 y de 16 de enero de 1987.

Procesos genéticos para obtener:

- * *especies vegetales;*
- * *especies animales; o*
- * *sus variedades.*

Las invenciones arriba mencionadas corresponden al grupo de las exclusiones temporales. En los términos de la ley de patentes mexicana, la protección de estos inventos a través del título de patente, está diferida hasta el 16 de enero de 1997. La cuestión, pues, radica en determinar, por un lado, si es prudente diferir la protección patentaria de las invenciones farmacéuticas hasta el año de 1997, y por otro, si los términos de la protección que actualmente confiere el ordenamiento mexicano a través de las patentes de procedimiento, satisfacen o no las realidades de la época que nos ha tocado vivir, en un mundo en el que se tiende cada vez más a la armonización de las leyes que regulan esta materia¹⁴ y en el que la circulación de mercancías, servicios y conocimientos ha adquirido un carácter predominantemente internacional.

B. *El carácter temporal de las exclusiones de patentabilidad en el plano supranacional*¹⁵

El carácter temporal de la exclusión de patentabilidad de productos químicos y farmacéuticos previsto en el esquema mexicano, se presenta igualmente en otros países no latinoamericanos. El caso de España nos es muy cercano y por ello nos vamos a referir a él. Las razones de esta proximidad son de distinta índole. Si no hubiera otros motivos de orden económico, tecnológico y geo-político que permitieran hablar de esta proximidad, quizás lo sea el hecho que en fechas recientes se han discutido en ese país los mismos temas que en los últimos tiempos

¹⁴ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual organiza actualmente los trabajos tendientes a concluir un proyecto de tratado internacional en materia de armonización de leyes de patentes. El proyecto de tratado propuesto será sometido a una conferencia diplomática programada para junio de 1991.

¹⁵ Un examen comparativo de la situación mexicana respecto de lo que ocurre en otros países —en donde se presentan semejanzas en más de un aspecto— en materia de prohibiciones de patentabilidad de productos químico-farmacéuticos y medicinas como tales, muestra que a diferencia del caso mexicano, en algunos países tales exclusiones tienen un carácter permanente o al menos incierto o indefinido, como es el caso de Brasil. La comparación también revela que a diferencia de países como Brasil, en México se protege a través de patente, el procedimiento —no biotecnológico— de obtención de productos químicos, farmacéuticos y medicinas.

empiezan a ser objeto de discusión en nuestro medio, aunque con una diferencia importante, a saber, el nivel de las discusiones y la categoría para exponer las tesis que de uno y otro lado de la mesa, finalmente permitieron que el proceso de revisión del sistema de patentes español sea digno de tomarse en cuenta por quienes ahora pensamos que podemos asimilar algunas de las experiencias españolas en la revisión tan esperada del sistema de patentes mexicano.

España, al ser miembro del Convenio de Munich sobre la patente europea (que se completa con el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria), está obligada a conferir la protección patentaria (productos químicos, farmacéuticos o alimenticios) en un momento que no debe ser posterior al año de 1992. Según el artículo 95, apartado 3 del Convenio de Luxemburgo, los Estados firmantes reconocen que cualquier Estado que llegue a ser miembro de la Comunidad Económica Europea deberá adherirse a dicho Convenio. Y debe tenerse en cuenta que la adhesión al Convenio de Luxemburgo implica necesariamente la adhesión al Convenio de Munich. Como es sabido, el Convenio de la patente europea permite obtener patentes para las invenciones de sustancias químicas y farmacéuticas, según resulta de los artículos 52 (apartado 4) y 54 (apartado 5). El artículo 167 del Convenio de Luxemburgo, dedicado a las reservas, permite que cualquier Estado contratante se reserve la facultad de prever que las patentes europeas concedidas para la protección de productos químicos, farmacéuticos o alimenticios no tengan efecto en su territorio o puedan ser anuladas conforme a las disposiciones en vigor para las patentes nacionales. Pero esa reserva tiene una duración máxima de quince años desde la entrada en vigor del Convenio.¹⁶ España es miembro del Convenio de la patente europea a partir del 1.º de octubre de 1986, habiendo hecho la reserva antes mencionada.¹⁷ Así, en el preámbulo de la Ley de patentes española, 1986, de reciente promulgación,¹⁸ se establece que:

Se regula la patentabilidad de las invenciones siguiendo las del Derecho europeo, introduciéndose en España la patentabilidad de los productos químicos, farmacéuticos y alimentarios, si bien,

¹⁶ Véase Alberto BERCOVITZ, "Aspectos del proyecto de Ley de Patentes relevantes para la industria farmacéutica", *An. Real Acad. Farm.*, 1982, 48, pp. 404 y 406.

¹⁷ Véase Oficina García Cabrerizo Newsletter, Madrid, marzo 1987.

¹⁸ Ley española 11/1986 de 20 de marzo sobre patentes y modelos de utilidad, editada por Dr. Ing. M. Curell Suñol I.I S.L., Barcelona 1986.

en cuanto se refiere a los productos químicos y farmacéuticos, en atención a los problemas que su implantación rápida pueda ocasionar a los correspondientes sectores industriales, se aplaza su implantación hasta que el Gobierno por Decreto lo establezca, sin que en ningún caso pueda hacerse antes del 7 de octubre de 1992.

C. La situación en otros países industrializados en materia de protección de invenciones farmacéuticas

Al referirnos al esquema adoptado por el legislador español para conferir la protección patentaria a los productos que ahora nos ocupan, señalamos que los países miembros del Convenio de la patente europea se encuentran obligados por las disposiciones de dicho ordenamiento a conceder patentes de productos para amparar productos químicos y farmacéuticos. De ello se sigue que, con excepción de los países que se han acogido a la reserva del artículo 167 del Convenio, los demás países miembros conceden hoy en día patentes de producto para las sustancias químicas y farmacéuticas.

En vista que la adhesión al Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria al que debe adherirse cualquier Estado que llegue a ser miembro de la Comunidad Económica Europea, implica necesariamente la adhesión al Convenio de Munich sobre la patente europea y siguiendo lo establecido en una de las resoluciones adoptadas por los Gobiernos de los Estados miembros de la CEE al tiempo de la firma del Convenio de Luxemburgo, es un hecho que los países miembros de la Comunidad han venido modificando su legislación interna, para adaptarla a lo dispuesto en los Convenios europeos.¹⁹

Por lo que ve a Estados Unidos, sólo hay que mencionar que en la legislación de dicho país no se conocen prohibiciones de patentabilidad respecto de medicamentos y productos químico-farmacéuticos.²⁰

¹⁹ En tal sentido pueden verse los textos de las Leyes de patentes del Reino Unido (29-7-1977), Dinamarca (8-6-1978), Francia (13-7-1978), Holanda (13-7-1978), Italia (22-6-1979) y República Federal Alemana (16-12-1980). Alberto BERCOVITZ, "Aspectos del Proyecto...", *op. cit.*, p. 404.

²⁰ Sobre las particularidades que ofrece el sistema de protección americano a las invenciones farmacéuticas véase Robert F. GOULD, Editor, *Patents for Chemical Inventions*, Advances in Chemistry Series 46, American Chemical Society, Washington, D.C. 1964.

3. Las alternativas de protección de la invención farmacéutica

Ya hemos visto que el tema concreto que ahora nos ocupa: la protección jurídica de la invención farmacéutica, no es una cuestión novedosa en el Derecho de patentes contemporáneo; de su estudio se han ocupado ya distinguidos juristas, quienes de manera detallada y objetiva han realizado trabajos profundos y completos que la importancia y la dificultad del tema exigen. Si antes nos hemos referido al ámbito legislativo español, para los propósitos de nuestro trabajo, este es el momento de destacar la tarea realizada por algunos juristas que integran la escuela española (Bercovitz, Fernández Novoa, Otero Lastres, Gómez Segade, etc.) y de considerar algunas de las tesis por ellos pregonadas, precisamente por haber sido España uno de los países que en los últimos tiempos ha atravesado por una etapa de modernización de las reglas que rigen la protección de la invención farmacéutica, revisión que fue precedida de estudios y trabajos encaminados a presentar la problemática de las invenciones farmacéuticas y las alternativas de solución a este delicado problema de la Farmacia.²¹

A. La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, la conveniencia de extender el ámbito de protección de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado y de instaurar la inversión de la carga de la prueba

²¹ Véanse por ejemplo los trabajos de Alberto BERCOVITZ ya citados. Del mismo autor véanse también *Problemática actual y reforma del Derecho de patentes español*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 1978; JOSÉ BANÚS DURÁN, *Problemática jurídica de la protección de las invenciones farmacéuticas en el Derecho vigente*; ANGEL VIAN, *Producto y procedimiento en las invenciones químicas y farmacéuticas*; LUIS MORROS RODRÍGUEZ, *Posibilidades y perspectivas de la investigación farmacéutica en España*; FERNÁNDEZ NOVOA, *El ámbito de la protección de las patentes de procedimiento farmacéutico*; GÓMEZ SEGADÉ, *Licencias obligatorias e invenciones farmacéuticas*; GÓMEZ FONTECHA, *Las licencias contractuales de patente y la industria farmacéutica española*; LÓPEZ VIVIE, *Aspectos económicos vinculados a la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas*, en *La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica*, op. cit., pp. 23-479; FERNÁNDEZ NOVOA y GÓMEZ SEGADÉ, *La modernización del Derecho español de patentes*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 1984; JAVIER DEL VALLE, *Problemática de la protección de las invenciones químicas y farmacéuticas en la legislación española y su paralelismo en la legislación alemana*, en *I Jornadas de estudio sobre propiedad industrial*, Castelldefels, Barcelona 25-26 noviembre 1971, Grupo español de la A.I.P.P.L., pp. 69-82; OTERO LASTRES, "La patentabilidad de los productos químico-farmacéuticos", en *Hacia un nuevo sistema de patentes*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 1982, pp. 141-178.

Hoy, en nuestro medio, se discuten cuestiones que ya han sido examinadas por otros, por lo que parece recomendable referirse a las experiencias del pasado, entre otras cosas, por la proximidad de tales experiencias, lo mismo en el tiempo, que en su contenido. La discusión se centra en torno a la regulación de una materia muy concreta: la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, la conveniencia de extender el ámbito de protección de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado y de instaurar la inversión de la carga de la prueba.

Para tener una visión de conjunto, es preciso considerar qué clases de invenciones pueden darse en el terreno farmacéutico y cuáles son las posibilidades que tiene el legislador para su protección dentro del Derecho de patentes.

Respecto a la primera de estas dos cuestiones, Bercovitz²² recuerda que una invención farmacéutica puede referirse a un nuevo procedimiento, bien para la obtención de un nuevo producto o para la obtención de un producto ya conocido. Puede tener por objeto un nuevo producto (sea una sustancia o una composición). Puede hacer referencia a una aplicación medicinal nueva de un producto ya conocido en otras ramas de la industria y a una nueva aplicación medicinal de un producto con otras aplicaciones terapéuticas ya conocidas.

Pues bien, según este mismo autor, ante esta gama de invenciones posible, el legislador puede adoptar diversas opciones:

Puede rechazar la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas de todas clases.

Puede admitir que sólo se patenten los nuevos procedimientos. En este supuesto todavía cabe distinguir según lo que se entienda por procedimiento y según la relevancia que se otorgue para la patentabilidad al hecho de que el producto obtenido sea o no nuevo. Es posible, además, que solamente se reconozca la patentabilidad de los procedimientos de una clase determinada.

Aun reconociendo sólo la patentabilidad de los procedimientos, hay que distinguir las patentes concedidas, según extiendan o no su ámbito de protección al producto directamente obtenido por el procedimiento, y según exista o no una regla de inversión de la carga de la prueba en favor del titular de la patente cuando el producto obtenido por el procedimiento es nuevo.

²² Alberto BERCOVITZ, "Introducción", en *La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica*, Colección de Derecho mercantil, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 1974, pp. 18-20.

Por último, el legislador tiene la posibilidad de no establecer ningún tipo de restricciones a la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, admitiendo, por consiguiente, la concesión de patentes para los nuevos productos, con independencia de los procedimientos por los cuales éstos han sido obtenidos.

Pero aun en este caso pueden adoptarse soluciones diversas sobre la patentabilidad de las invenciones que tienen por objeto nuevas aplicaciones terapéuticas de productos ya conocidos. Cabe rechazar la patentabilidad de esas invenciones y cabe admitirla. Pero en este último supuesto habrá de precisarse si se permite patentar solamente las nuevas aplicaciones medicinales de productos conocidos por su utilidad en otros campos de la industria o si se conceden patentes incluso en el caso de que el producto al que se refiere la nueva aplicación medicinal fuera ya conocido por otras aplicaciones terapéuticas distintas.

Para completar este cuadro de posibilidades que la regulación de las patentes para invenciones farmacéuticas ofrece habrá que considerar qué noción, más o menos amplia, de medicamento será utilizada al aplicar los textos legales, y habrá que considerar igualmente si se establece o no un régimen de licencias obligatorias.

En efecto, puede preverse la concesión de licencias obligatorias, cuyo régimen es susceptible de grandes variaciones, siendo incluso posible la instauración de un sistema especial de licencias para las patentes relativas a las invenciones farmacéuticas.

Este rápido recorrido del tema sirve para ilustrar la dificultad del mismo, dificultad que se acentúa si se piensa en la necesidad de precisar los conceptos utilizados, así como de poner de manifiesto y de valorar adecuadamente los intereses en juego.²³

B. *Extensión de la protección de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado*

En algunos sistemas en los que la legislación interna no permite la concesión de patentes de producto para amparar medicinas y productos químico-farmacéuticos, y en donde se ha optado por la protección de invenciones farmacéuticas a través de patentes de procedimiento, se ha procurado fortalecer la eficacia de los títulos de patentes de pro-

²³ A ello habría que agregar la importancia fundamental que presentan los aspectos científico-técnicos y económicos de la cuestión. Véase BERCOVITZ, *La protección jurídica...*, op. cit., p. 18.

cedimiento, a través de un mecanismo legal que permite extender el ámbito de protección de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado. Se ha pensado que a través de este mecanismo se tiende a reducir algunos de los inconvenientes que resultan de la falta de protección patentaria para el producto *per se*.

En virtud de este mecanismo, se permite al titular de una patente de procedimiento accionar en contra de quien comercialice el producto final resultante de la aplicación del procedimiento patentado, sea que la elaboración se haya efectuado en el territorio de concesión de la patente de procedimiento o en el extranjero.

En estos sistemas, se extiende el alcance de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido por el proceso amparado. En consecuencia, el titular puede no sólo perseguir el uso no autorizado del procedimiento patentado sino también la venta o la importación de productos idénticos elaborados en el país o en el extranjero mediante el procedimiento reivindicado. El uso de un procedimiento independiente de lo patentado o la distribución de productos fabricados según procedimiento diferente quedan al margen de los efectos de la patente.²⁴

Pasemos ahora a las consideraciones en torno de las cuales ha ido evolucionando el concepto de la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado.

Cuando la patente tiene por objeto un procedimiento para obtener productos farmacéuticos, la explotación de la patente estribará necesariamente en la utilización del procedimiento patentado. En efecto, el titular de la patente no puede explotarla mediante la introducción del procedimiento patentado en el comercio; porque, si el titular de la patente vende a un tercero el procedimiento patentado, en rigor, no está explotando la patente, sino que está realizando un acto de disposición sobre la misma. Y será el adquirente del procedimiento patentado o —por mejor decir— de la patente el que propiamente explote la misma. Es pues, innegable, dice Fernández Novoa,²⁵ que la explotación de la patente de procedimiento queda ineludiblemente limitada a la utiliza-

²⁴ Véase Georges GANSSER, "La protección de las invenciones químicas y farmacéuticas", en *II Cursillo sobre propiedad industrial*, Grupo español de la A.I.P.P.I., Barcelona, octubre-diciembre 1969, p. 33. Véase también el texto del artículo 5 quater del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial.

²⁵ Carlos FERNÁNDEZ NOVOA, "El ámbito de protección de las patentes de procedimiento farmacéutico", en *La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica*, op. cit., pp. 282-283.

ción del procedimiento patentado. Ahora bien, la utilización del procedimiento se traducirá en la fabricación de los correspondientes productos farmacéuticos, los cuales podrán ser introducidos en el comercio o bien ofrecidos comercialmente. Si se tienen en cuenta estas peculiaridades de la patente de procedimiento, es natural que el ámbito de la misma se extienda a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado.

La norma que permite extender el alcance de la protección de las patentes de proceso a los productos directamente obtenidos a través del proceso patentado ha sido adoptada en todas las legislaciones que intentan conceder una protección reforzada a las patentes de procedimiento. Esta figura, que empieza a discutirse en nuestro medio como cosa novedosa, no representa en modo alguno una novedad en el Derecho universal de patentes. Antes bien, esta figura ha ido incorporándose a los ordenamientos modernos de diversos países, insertándose así en una ya larga tradición del Derecho de patentes, pues la extensión del ámbito de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos es el fruto de una interesante reforma legislativa que se lleva a cabo en Alemania desde hace casi un siglo, esto es, en el año 1891.²⁶ La introducción de esta figura en el Derecho de patentes alemán resulta de la palpable indefensión del titular de la patente cuando los productos se obtenían en un país extranjero con arreglo al procedimiento patentado; y estos productos se importaban posteriormente a Alemania. Muy pronto se elevaron voces de protesta contra la precaria situación en que la Ley alemana de 1877 colocaba al titular de la patente de procedimiento. Estas voces partieron, sobre todo, de las empresas de la industria química, que eran las principalmente afectadas por la incompleta regulación de la Ley de Patentes de 1877. Así, a través de la Ley del Reichstag, de 1891, hace su primera aparición en el Derecho universal de Patentes la norma que protege los productos directamente obtenidos o fabricados por el procedimiento patentado. Debe mencionarse que la adopción de esta reforma estuvo precedida por la celebración de congresos y trabajos preparatorios —incluyendo la participación de destacados juristas como Kohler— en los que se mantuvo que, dentro del ámbito de la patente de procedimiento, debían incluirse los productos fabricados por medio del procedimiento. En defensa de esta tesis se apuntaba la noción que el

²⁶ Véase FERNÁNDEZ NOVOA, "El ámbito de la protección de las patentes...", *op. cit.*, pp. 284-285.

producto constituye "la última etapa del procedimiento"; noción que recoge la Ley de 1891.²⁷ En el año 1879, la Asociación para la Defensa de los Intereses de la Industria Química Alemana celebra en Baden-Baden un Congreso de patentes en el que se mantuvo la tesis mencionada. En el año 1886 y a instancia de la mencionada Asociación para la Defensa de los Intereses de la Industria Química Alemana, el canciller del Reich dirigió a los Estados federados una circular en la que se propugnaba una interpretación que permitiese considerar como objeto de la patente de procedimiento los productos obtenidos con arreglo al mismo. La nueva disposición fue aprobada, junto con otras modificaciones de la Ley de Patentes, por la Ley de 7 de abril de 1891.²⁸

La norma que en orden a la patente de procedimiento había instaurado la Ley alemana de 1891 fue muy pronto acogida por otras leyes europeas de patentes. La recepción del precepto de la Ley alemana se produce en Austria (Ley de 1897), Suiza (Ley de 1907) y Holanda (Ley de 1910), a finales del siglo pasado y a principios de este siglo. Ya en la segunda mitad de este siglo, otras leyes europeas de patentes acogen también el principio que en 1891 instauró el ordenamiento alemán. Así, las leyes uniformes escandinavas de patentes, de diciembre de 1967, previeron la ampliación del derecho de patente a los productos fabricados con arreglo al procedimiento patentado (Ley Danesa de 20 de diciembre de 1967; Ley Finlandesa de 15 de diciembre de 1967; Ley Noruega de 15 de diciembre de 1967 y Ley Sueca de 10 de diciembre de 1967). Con posterioridad, la Ley francesa de patentes de 1968, reafirma el criterio tradicional de la protección de los productos directamente obtenidos a través del procedimiento patentado. Sin embargo, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1968, no obstante el silencio del ordenamiento francés respecto a esta cuestión, la jurisprudencia francesa mantuvo en varias sentencias —dictadas en el siglo XIX y en el presente— que las disposiciones sobre la violación del derecho de patente eran aplicables no sólo a la utilización del procedimiento patentado, sino también a la importación y venta de los objetos fabricados por medio de este procedimiento. Esta doctrina fue elogiada por Pouillet, diciendo que era inadmisibles que un usurpador de una patente de procedimiento pudiese invadir con sus productos el interior de la nación, simplemente porque la empresa del usurpador se encontraba asentada en un país extranjero. La misma

²⁷ Véase FERNÁNDEZ NOVOA, "El ámbito de la protección...", *op. cit.*, pág. 285.

²⁸ Véase *Ibid.* Véase también BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 186 y ss.

doctrina fue acogida por los Tribunales ingleses, quienes han sostenido en diversas sentencias que constituyen una violación de la patente de procedimiento la importación y la venta de los productos del procedimiento patentado, siendo irrelevante a este efecto que la fabricación de tales productos se lleve a cabo en el interior del país o en el extranjero.²⁹

Esta rápida reseña de la acogida que ha tenido en diversos países la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado, pareciera sugerir que el precepto de la Ley alemana de 1891 correspondía incorporarlo a las legislaciones de patentes de naciones con un alto grado de desarrollo, y sin embargo, no es así. Los elogios de que ha sido objeto la instauración de esta doctrina en diversos países, desde finales del siglo pasado hasta la fecha, hablan del mérito real de la medida, sea que ésta se haya adoptado a nivel legislativo, o bien, a nivel jurisprudencial, como ocurrió originalmente en Francia e Inglaterra. No es de sorprender que la recomendación de adoptar el esquema de la Ley alemana de 1891, haya sido incorporada en la Ley Tipo de la OMPI para países en desarrollo sobre invenciones en el capítulo que trata de los derechos del titular de la patente.³⁰ Así pues, en los artículos 135, 2), b), ii) (Capítulo V) y 160 (Capítulo XII) de la Ley Tipo, se establece la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado.

El artículo 135, 2), b), ii) de la Ley Tipo dice lo siguiente:

- 1) Una vez concedida la patente, la explotación en el país de la invención patentada por personas distintas de su titular requerirá el acuerdo de este último.
- 2) A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "explotación" de una invención patentada cualquiera de los actos siguientes:
 - a) cuando se haya concedido patente para un producto:
 - i) fabricar, importar, poner en venta, vender y utilizar el producto;

²⁹ Un estudio completo de la evolución de la norma que extiende la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos, y su recepción en otras leyes aparece en FERNÁNDEZ NOVOA, "El ámbito de la protección...", *op. cit.*, pp. 289 y ss.

³⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "Ley Tipo de la OMPI para los países en desarrollo sobre invenciones", volumen I, *Patentes de invención*, Ginebra 1979, p. 28.

- ii) almacenar dicho producto para ponerlo en venta, venderlo o utilizarlo;
- b) cuando se haya concedido patente para un procedimiento:
- i) emplear dicho procedimiento;
 - ii) ejecutar los actos indicados en el apartado a), respecto a un producto directamente resultante del empleo del procedimiento.

Las consideraciones hasta aquí hechas demuestran plenamente que el principio de la extensión de la patente de procedimiento a los productos obtenidos por el procedimiento patentado, ha encontrado una amplia acogida tanto en las legislaciones nacionales como en la jurisprudencia de diferentes países. Por eso, pensamos junto con Fernández Novoa, en la conveniencia de insistir en que esta amplia acogida no es el resultado de una coincidencia puramente fortuita de las diversas leyes o sentencias de los tribunales. Antes al contrario, la extensa difusión del mencionado principio en el Derecho de patentes se basa sobre la naturaleza de las cosas: sobre la particular fisonomía de la patente de procedimiento. La explotación pecuniaria del procedimiento es posible únicamente a través de los productos elaborados con arreglo al mismo. Es, por tanto, lógico y natural que el ordenamiento jurídico asegure al titular de la patente de procedimiento la exclusividad del comercio de los productos obtenidos por el procedimiento patentado; exclusividad que le faculta para prohibir tanto la venta de los productos fabricados por medio del procedimiento en el interior del país como la importación de los productos correspondientes. Las razones hasta aquí expuestas prueban, a nuestro modo de ver, que es justa la norma que extiende los efectos de la patente de procedimiento a los productos fabricados por medio del procedimiento patentado. Si se quiere otorgar al poseedor de un procedimiento patentado una protección eficaz, es indispensable incluir dentro del ámbito de la patente de procedimiento los productos elaborados con arreglo al procedimiento correspondiente. La adecuada defensa de los intereses del titular de la patente justifica, por tanto, la disposición que implantó por primera vez la Ley alemana de Patentes de 1891 y que ahora debiera recoger el ordenamiento mexicano, junto con la instauración de la regla que permite la inversión de la carga de la prueba en los litigios que tienen por objeto la invasión de una patente de procedimiento.³¹

³¹ Véase FERNÁNDEZ NOVOA, "El ámbito de la protección...", *op. cit.*, pp. 299-305.

C. *Insuficiencia de la protección conferida a través de la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto obtenido por el proceso patentado*

No obstante la aparente intención de imponer correctivos de la naturaleza que se menciona a los inconvenientes que resultan de la falta de patente de producto, es evidente que tal medida tan sólo representa el primer paso hacia una debida protección. La extensión, por sí misma, no resulta satisfactoria para perseguir a quien comercializa el producto elaborado conforme a un procedimiento patentado sin la autorización correspondiente, ya que a pesar de que el alcance de la protección de la patente de procedimiento se extiende al producto directamente obtenido por el proceso amparado, el titular de la patente de procedimiento se enfrentará invariablemente a un problema de prueba, mismo que le impedirá accionar de manera efectiva en contra de quien adopta esquemas que la jurisprudencia, las leyes y la doctrina han calificado de inadmisibles. De ello se sigue que esta extensión de la protección conferida a las invenciones amparadas por patentes de procedimiento, al final resulta teórica, dada la imposibilidad práctica de establecer los presupuestos que dan lugar al derecho de iniciar este tipo de acción.

Es pues obvio que este régimen no asegura una protección efectiva en casos de imposibilidad de prueba de invasión, prueba que incumbe al titular de la patente.³² Está claro que en estas circunstancias, es de hecho ineficaz la protección ofrecida por las patentes de procedimientos químico-farmacéuticos.³³ Nótese que en el proceso de revisión del estatuto español se propuso la extensión de la protección de la patente de procedimiento como una medida para ir asimilando gradualmente el derecho interno español a lo dispuesto en los Convenios (Munich y Luxemburgo) y que obligara a la industria española a adaptar progresivamente su actuación a una normativa que todo parecía indicar sería aplicable a partir de 1992.³⁴ Sin embargo, la extensión de la protección a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado, sin un complemento que fortaleciera esta extensión, al final resultaría en un intento de asimilación gradual un tanto ficticio, razón por la cual la propuesta fue rechazada en defini-

³² Véase GANSSE, *op. cit.*, p. 33.

³³ En el mismo sentido BERCOVITZ, "Aspectos del proyecto...", *op. cit.*, p. 407 y GANSSE, *op. cit.*, p. 33.

³⁴ Véase BERCOVITZ, "Aspectos del proyecto...", *op. cit.*, p. 407.

tiva. Este complemento es lo que se conoce como la inversión de la carga de la prueba, que a continuación pasamos a analizar.

D. *La inversión de la carga de la prueba*

La insatisfactoria protección a las patentes de procedimiento en los términos antes expuestos, ha provocado la incorporación de una regla que permite hacer efectivos, con mayor realismo, los derechos derivados de la exclusividad conferida a los procesos patentados. Ya se ha visto que un primer paso en esta dirección lo constituye la extensión de la protección de las patentes de procedimiento a los productos directamente obtenidos a través del procedimiento patentado. Sin embargo, para que esta extensión produzca los efectos originalmente buscados por el legislador alemán de 1891, esto es, fortalecer la protección de las patentes de procedimiento, se hace necesaria la incorporación de la regla que permite invertir la carga de la prueba en los litigios de invasión de patente.

Por eso, muchas leyes o la práctica judicial prevén una presunción *ius tantum* y lo que equivale a la inversión de la carga de la prueba en litigios de invasión. Así, el presunto infractor debe exonerarse, ya que es él quien tiene acceso directo o indirecto a la fábrica que produce el producto idéntico. Esta regla que parece justa y necesaria bajo el sistema de patentabilidad de procedimiento dice más o menos lo siguiente:

Si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de un producto nuevo en la fecha de prioridad, se presumirá, salvo prueba en contrario, que dicho producto fabricado por tercero, lo ha sido por el mismo procedimiento.³⁵

Con lo anterior ya queda claro por qué hemos calificado la inversión de la carga de la prueba como un *complemento* indispensable de la debida protección de patentes de procedimiento que tienen por objeto invenciones químicas y farmacéuticas; complemento que otros, como Gansser,³⁶ llaman el *corolario* a la regla (ya indicada) que dice: "Cuando la patente se refiere a un procedimiento, el derecho exclusivo se extiende a los productos obtenidos directamente por la ejecución

³⁵ GANSSE, *op. cit.*, p. 33.

³⁶ *Ibid.*

del procedimiento patentado"; o *protección reforzada*, como la llama Bercovitz.³⁷

En el plano supranacional, la regla de la inversión de la carga de la prueba ha sido recogida en el artículo 75 del Convenio de Luxemburgo, según el cual si el objeto de una patente es un procedimiento que permite obtener un producto nuevo, todo producto idéntico fabricado por persona distinta al titular de la patente, se considera, salvo prueba en contrario, que ha sido obtenido por el mencionado procedimiento.³⁸

La figura que en combinación de la extensión de la protección a las patentes de procedimiento permite hablar de una auténtica protección a las invenciones de procedimiento, la encontramos también formando parte de las disposiciones de la Ley Tipo de la OMPI para los países en desarrollo sobre invenciones.³⁹

El artículo 161 *bis* de la Ley Tipo (Presunción de empleo del procedimiento patentado) dice lo siguiente:

Cuando el objeto de la patente sea un procedimiento para la fabricación de un producto nuevo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que dicho producto se fabrica por ese procedimiento.

Como comentario final a este apartado del trabajo podemos decir que la patente reforzada de procedimiento se caracteriza por conjugar la extensión del ámbito de protección de la patente al producto directamente obtenido por el procedimiento y la inversión de la carga de la prueba, en el sentido que si el producto obtenido por el procedimiento patentado es nuevo, se presume, salvo prueba en contrario, que cualquier producto de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado y cae, por consiguiente, bajo el ámbito de protección de la patente. Con estos mecanismos se trata de fortalecer el derecho de exclusiva que otorga la patente de procedimiento, sobre todo cuando el producto obtenido por el procedimiento es nuevo, para que su titular pueda impedir las importaciones desde el extranjero de los productos obtenidos por el procedimiento patentado. Es decir, que en este punto la opción que se presenta ante el legislador es clara. Si se desea facilitar la importación de sustancias farmacéuticas, habrá que renunciar a la implantación de la patente reforzada de procedi-

³⁷ BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 255-256.

³⁸ Véase BERCOVITZ, "Aspectos del proyecto...", *op. cit.*, p. 406.

³⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *op. cit.*, p. 114.

miento, prescindiendo de toda referencia a la inversión de la carga de la prueba, con lo cual se dificulta evidentemente el ejercicio de las acciones del titular de la patente, por violación de la misma, frente a los importadores. Si, por el contrario, se quiere reforzar el derecho que otorga la patente y conceder al titular medios eficaces para impedir la importación de la sustancia obtenida por el procedimiento patentado, entonces habrá que implantarse la protección reforzada.⁴⁰

4. La situación mexicana referida a la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado y la inversión de la carga de la prueba.

Entre los comentaristas y practicantes mexicanos aún se discute la existencia de una regla en el ordenamiento mexicano que permita establecer la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado. La primera razón que da lugar a esta discusión es precisamente la ausencia de una norma expresa en la ley de patentes mexicana en donde se consagre de modo explícito el principio de la Ley alemana de 1891. No obstante la ausencia de referencias específicas a la extensión de la protección, la redacción de las disposiciones que regulan el delito de invasión de patente en el ordenamiento mexicano, han provocado que el punto sea ahora discutible.

El texto del artículo 211 de la Ley de Invenciones y Marcas mexicana, en sus partes conducentes, establece lo siguiente.

Artículo 211. Son delitos:

- I. Fabricar o elaborar productos amparados por una patente o un certificado de invención, sin consentimiento de su titular o sin la licencia o autorización correspondiente.
- II. Emplear métodos o procedimientos patentados o amparados por un certificado de invención, sin los requisitos a que se refiere la fracción precedente.
- III.
- IV.
- V. Ofrecer en venta o poner en circulación los productos a que se refieren las fracciones I, II y IV del presente artículo ...

⁴⁰ Véase BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 255-256.

La lectura de las fracciones I y II del artículo 211 no deja duda alguna respecto de la improcedencia de la extensión de la protección, si dicha extensión se buscara en el texto de tales disposiciones. Sin embargo, del análisis dinámico de estas disposiciones junto con lo que establece la fracción V del propio artículo 211 resultan conclusiones distintas. Esto es así, en vista de la redacción de la fracción V y de la remisión que hace a la puesta en venta o en circulación de los productos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 211, mismas que se consideran como delitos.

En el caso de la remisión que aparece en la fracción V respecto de los productos a que se refiere la fracción I del artículo 211, es claro que el legislador se está refiriendo a la puesta en venta o en circulación de productos amparados precisamente por patentes de productos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto de la remisión que se hace en la fracción V a los productos a que se refiere la fracción II, pues en el caso de la fracción II se contemplan patentes de procedimiento y no de producto. De ello se sigue que si la fracción II del artículo 211 se refiere a patentes de procedimiento, el único producto que puede estar previsto en la fracción II es el que resulta del procedimiento patentado, que sí se contempla de modo expreso en dicho dispositivo. Esta es pues una interpretación jurídica y razonable que permite establecer que la venta de productos (fracción V) prevista en una disposición que remite a otra en donde se contemplan patentes de procedimiento (fracción II) no es un galimatías del legislador mexicano; conclusión a la que habría que llegar, de encontrarse que, así interpretada la ley, el Derecho de patentes mexicano no incluye la extensión de la protección a las patentes de procedimiento.

Si ya se ha visto, que las opiniones más autorizadas, entre ellas las de Kohler, Pouillet, Fernández Novoa, etcétera, sostienen que el desconocimiento de que la protección del procedimiento comprende el producto resulta en una interpretación inexacta que desconocería por completo la naturaleza de la relación jurídica (Kohler), o bien, en una conducta caracterizada porque el usurpador de una patente de procedimiento pueda invadir con sus productos el interior de una nación, simplemente porque la empresa del usurpador se encuentra asentada en un país extranjero, conducta que ha sido calificada de inadmisibles (Pouillet), entonces, de todo ello se sigue que la correcta interpretación de las fracciones V y II del artículo 211 del ordenamiento mexicano deberá implicar la incorporación del principio incorporado en la Ley de patentes alemana de 1891, como una extensión

de la protección de la patente de procedimiento a los productos (directamente) obtenidos por el proceso patentado.

A pesar de lo anterior y en vista de la redacción tan peculiar adoptada por el legislador mexicano en el texto de las fracciones II y V del artículo 211, el punto no deja de presentar complicaciones. Esto es así en virtud de la ausencia de referencias expresas al principio de la extensión de la protección, referencias que serían muy deseables, especialmente tratándose de materia penal.

Lo anterior, por lo que hace al principio de la extensión. Por lo que ve a la regla de la inversión de la carga de la prueba, no hay más que decir que en el Derecho de patentes mexicano no existen mecanismos explícitos que permitan al titular de una patente de procedimiento remitirse a la aplicación de esta regla para transferir la carga de la prueba al vendedor de productos directamente obtenidos por un proceso patentado.

La situación antes referida ubica irremediamente al ordenamiento mexicano entre aquéllos que, a finales de siglo, continúan fomentando las prácticas parasitarias, al dispensar a los inventores y a los patrocinadores de sus investigaciones una protección parcial, incompleta y limitada, no del todo diferente a la que hace más de un siglo ya era calificada de inadmisibles e insatisfactoria; todo lo cual parece poco recomendable a la luz de las consideraciones expuestas en el presente trabajo, según las cuales creemos haber dejado claro que en la ausencia de patentes que confieran la exclusividad al producto *per se*, la única forma de acercarse a lo que sería una efectiva protección de las invenciones farmacéuticas amparadas por patentes de procedimiento, es a través de la adopción de la patente reforzada, incorporando, de modo expreso, la extensión de la protección y la inversión de la carga de la prueba en el Derecho de patentes mexicano.

II. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA PROTECCIÓN PATENTARIA DE LAS INVENCIÓNES FARMACÉUTICAS Y LA ADOPCIÓN DE LA PATENTE REFORZADA

1. La problemática de hoy en la investigación farmacéutica

A. Conservación de esquemas para solucionar problemas inexistentes a finales del siglo XX

De lo hasta aquí dicho parece muy claro que el sistema de patentes de nuestros tiempos ha pasado a cumplir una función adicional a las

que tradicionalmente le han sido atribuidas. Esto es, la de constituirse en una garantía de la inversión en investigación. Por novedosa que parezca a los ojos de muchos esta función de los sistemas de patentes contemporáneos, no hay duda que en la esencia del sistema está la razón de que haya cobrado funciones que jamás imaginaron los autores de la Parte Veneciana hace más de 500 años, cuando fue creada la primera ley de patentes de que se tiene noticia. Ello no significa que las razones que tradicionalmente han justificado la existencia del sistema de patentes hayan sido desplazadas por el papel que desempeña ahora el sistema en las inversiones capitalistas. Antes al contrario, los resultados de los estudios realizados sobre el tema⁴¹ dan cuenta de que las tesis que a finales del siglo pasado sirvieron para justificar la existencia del sistema de patentes continúan vigentes a esta fecha, con excepción quizá de la que encuentra apoyo en nociones iusnaturalistas. Ello por sí mismo habla de las virtudes del sistema de patentes, como un instrumento susceptible de adaptarse a la sofisticación de los tiempos modernos sin perder su esencia; cualidad ésta del sistema de patentes, que puede reconocerse sin apasionamiento, pues lleva implícito el reconocimiento de las imperfecciones propias de la esencia del sistema.

De tiempo en tiempo, sin embargo, el sistema es objeto de ataques que ponen en riesgo el debido cumplimiento de sus funciones. En este trabajo se ha intentado analizar los efectos que pueden derivarse de la instauración de medidas legislativas encaminadas directamente a limitar o eliminar el derecho a la explotación exclusiva de un sector importantísimo de las industrias contemporáneas: la Farmacia.

Así como la evolución del sistema ha ido experimentando modificaciones que no dejan de sorprender, lo mismo por novedosas que por su grado de sofisticación, con la misma sorpresa aparece la adopción de medidas que fueron propias de otras épocas y que entonces sirvieron para imponer correctivos a problemas que hoy son inexistentes. Es el caso de la prohibición de patentar invenciones farmacéuticas en el siglo pasado. La conservación de estos esquemas a finales del siglo XX no ha servido sino para alentar la conservación de beneficios comerciales en favor de quienes, valiéndose de la falta de una efectiva protección de las invenciones farmacéuticas en nuestro medio, comercian

⁴¹ Véase Friederich-Karl BEIR y Joseph STRAUSS, "The Patent System and Its Informational Function - Yesterday and Today", ICC, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 8, núm. 5/1977, pp. 391 y ss.

con los resultados de las investigaciones realizadas por otros y con recursos de otros.

B. *La falta de protección se traduce en una sensible reducción del presupuesto destinado a la investigación farmacéutica*

Si se tiene en cuenta el papel que desempeñan las patentes en el mundo contemporáneo (garantía de inversión en investigación) y el hecho que el progreso tecnológico ha dejado de ser un fenómeno local o nacional para convertirse en una cuestión que se mide a escala mundial, parecen evidentes las consecuencias que deben producirse ante la incorporación de medidas legislativas que desconocen la protección de las invenciones farmacéuticas: por un lado, una tremenda desproporción entre los recursos destinados a la investigación de soluciones a problemas que afectan la salud, y por otro, la limitación de mercados que permitan a las empresas patrocinadoras de tales investigaciones resarcirse de los altos costos que dicha labor implica y seguir obteniendo una utilidad razonable que sirva de aliciente practicando investigaciones en este sector. Nadie mejor que las propias empresas comercializadoras de las invenciones farmacéuticas desprotegidas en ciertas jurisdicciones, para dar cuenta de la realidad de esta anomalía, pues es precisamente el conocimiento de lo que implicaría alejarse de posturas parasitarias en materia de comercio, lo que hace muy cómodo destinar grandes esfuerzos a la conservación de situaciones comerciales privilegiadas a costa de los recursos invertidos por las investigadoras. Es esta desproporción lo que permite hablar de una reducción del presupuesto dedicado a la investigación. Ante este panorama parece bastante dudoso si la industria farmacéutica continuará con la capacidad para mantener su posición en el mercado internacional y para financiar su trabajo de investigación. El sistema de patentes, diseñado para proteger y promover la investigación y creatividad en lo referente a la investigación farmacéutica, parece que está faltando a sus objetivos.

C. *Existencia de 20,000 enfermedades que actualmente son incurables*

Por supuesto que estas nociones ya han sido comentadas, algunas de ellas quizá en exceso, y por esa razón parecerían estar desgastándose, justo cuando enfermedades como la viruela, poliomeilitis y leucemia aguda en la niñez han perdido su terror. La investigación profunda y constante llevada a cabo por la industria farmacéutica, que ha hecho

posibles esos logros, actualmente ya no es tomada en cuenta. Así, se ha dirigido la atención de quienes legislan sobre esta materia a proteger empresas comercializadoras de nuevos productos farmacéuticos desarrollados por empresas investigadoras con recursos que no provienen de los beneficiarios de los productos antes desarrollados por las propias empresas investigadoras, es decir, ni del paciente, ni de quienes comercializan con ellas al amparo de la deficiente protección que las leyes les confieren. Parece obvio que esta actitud implica el desconocimiento por parte de las autoridades de la existencia de 20,000 enfermedades que actualmente son incurables y que la investigación farmacéutica no depende de patronatos gubernamentales.⁴²

2. El proceso de investigación farmacéutica

La apreciación del problema puede ser distinta cuando se hace referente a cifras, datos e informes más concretos respecto de lo que implica la investigación farmacéutica.

Comencemos por referirnos de manera general al proceso de investigación propiamente dicho.⁴³

A. Alrededor de 10,000 compuestos son filtrados antes de que uno solo llegue al mercado como una medicina terminada

El primer paso para desarrollar un nuevo producto farmacéutico es sintetizar los nuevos compuestos que los químicos consideran un alcance prometedor para resolver algunos problemas de diagnóstico o para el tratamiento de alguna enfermedad en particular. La síntesis está basada cuidadosamente en una investigación metódica. Cerca de 10,000 compuestos diferentes pasan por las pruebas biológicas iniciales para ser filtradas para el efecto esperado. Uno o dos años más tarde aparece una lista de diez compuestos que seguirán por todo el procedimiento de desarrollo. Sólo uno de estos diez candidatos (de los cuales a todos se les da atención a través de una patente) llegará a obtener el grado requerido y será puesto en el mercado. En cualquier etapa de todo el recorrido, se puede dar el caso de que la preparación no cumpla con el objetivo esperado por los doctores y pacientes, y entonces, será desechada.⁴⁴

⁴² Véase SCHERING AG West Germany, *Drug Research and Patent Protection*, Anual Report 1987, p. 16.

⁴³ SCHERING, *op. cit.*, pp. 16-21.

⁴⁴ *Ibid.*

B. Intensos ensayos pre-clínicos son necesarios antes de que una medicina sea aplicada a voluntarios

Antes de que se realice una prueba con seres humanos durante los llamados ensayos clínicos, se llevan a cabo una gran variedad de ensayos preliminares a nivel clínico. El objetivo de estos ensayos preliminares (pre-clínicos) es facilitar a los científicos la evaluación, eficacia y seguridad del nuevo compuesto. Modelos apropiados son usados para establecer las reacciones en cultivos celulares, en órganos aislados y en cuerpos de varias especies animales. Además de establecer el alcance del efecto deseado, estos ensayos tienen el propósito de investigar cómo la sustancia es absorbida, distribuida, químicamente transformada y excretada. Es en esta etapa donde los estudios animales comienzan con el objetivo de determinar si la preparación del ensayo producirá efectos no deseados cuando se administren sólo una vez, varias veces o por un tiempo indeterminado. Otra razón es para establecer si puede ser peligroso durante el embarazo o si puede causar daño en generaciones posteriores.

Durante esta etapa del desarrollo, que se lleva de uno a dos años, el componente activo se combina con ciertos aditivos llamados "excipientes" que forman una dosis específica, como pastillas o una solución para inyección, que será adecuada para uso en seres humanos. Es este trabajo de fórmulas de donde surge una medicina terminada a partir de un compuesto activo.

C. Los ensayos clínicos

Una vez que la etapa de los ensayos haya concluido, se contará con la información disponible para decidir la mejor manera de iniciar los ensayos clínicos en voluntarios saludables.

Esta es la Etapa I de los ensayos clínicos, donde el propósito es enterarse de la tolerancia, metabolismo y muy probablemente, algo referente a los efectos deseados.

Durante las etapas de los ensayos clínicos, los doctores mantienen una observación permanente sobre el cuidado de todos los pacientes y voluntarios.

Mientras los ensayos de la Etapa I se llevan a cabo, se siguen realizando muchos otros experimentos con animales. Los trabajos relativos a desarrollos químicos, farmacéuticos y analíticos se realizan simultáneamente.

Una vez que la Etapa I ha sido satisfactoriamente terminada, la nueva medicina se prueba con un número determinado y selecto de pacientes voluntarios; esto se realiza con el objeto de verificar el buen ritmo del tratamiento.

Durante la Etapa II de los ensayos clínicos, el foco de atención todavía se encuentra en la tolerancia, así como en los efectos terapéuticos y en la búsqueda de varios niveles de dosis.

El siguiente paso, que es la Etapa III, abarca el desarrollo de nuevas medicinas bajo condiciones prácticas dentro de un grupo bastante numeroso de pacientes por un periodo más largo, con el objeto de proveer información certera de hallazgos previos. Los estudios comparativos (que se comparan con formas establecidas de tratamiento) que se iniciaron en la Etapa II se siguen llevando a cabo en la Etapa III.

Luego que los trabajos clínico, analítico, químico y de desarrollo farmacéutico hayan sido concluidos, toda la documentación se coteja para obtener un reporte final. Desde el momento en que es solicitada la patente para el ingrediente activo hasta el momento en que el reporte final es elaborado transcurren aproximadamente diez años en la mayoría de los casos. La documentación relacionada con el reporte final se acompaña a la solicitud para obtener la aprobación oficial.

Si la aprobación está disponible después de dos a cinco años, el fabricante estará autorizado a introducir el producto al mercado, después de aproximadamente doce años de haber solicitado la patente. Después suelen transcurrir de dos a tres años antes que el medicamento sea reconocido por la profesión médica. Es hasta este momento cuando la innovación empieza a producir beneficios económicos.

Como puede verse, para el imitador no hay obstáculos ni cortapisas como aquéllas con las que el inventor original tuvo que tratar cuando por primera vez desarrolló la preparación.⁴⁵

3. Costos de la investigación farmacéutica y pérdidas derivadas de la desprotección

Con los requisitos altamente costosos en lo referente a la seguridad y eficacia de una nueva medicina, en la investigación farmacéutica el costo para desarrollar una sustancia para su venta se ha elevado a unos 250 millones de marcos alemanes, en países como la República

⁴⁵ Un enfoque complementario sobre las fases de los ensayos terapéuticos aparece en MEYER, *op. cit.*, pp. 145-150.

Federal de Alemania.⁴⁶ La misma situación prevalece en otros países de Europa y en jurisdicciones, sede de actividades de investigación en materia farmacéutica.

Por lo que ve a Estados Unidos, la protección de los derechos de propiedad intelectual en general ha salido en los últimos años de esa oscuridad relativa en la que había estado sumergida para convertirse en uno de los reclamos principales que dicho país hace a los países de América Latina. Este tema es uno de los puntos centrales de la agenda en materia de relaciones comerciales (a nivel bilateral o multilateral) y amenaza con originar un roce constante entre las partes durante los próximos años. Los productores estadounidenses aducen que la supuesta incapacidad de los países latinoamericanos para reconocer y hacer respetar los derechos de propiedad intelectual y en particular las patentes de proceso, les cuestan millones de dólares en ventas perdidas. El 26 de febrero de 1988, el Representante de Comercio de Estados Unidos levantó la confidencialidad de un informe titulado Protección de los derechos de propiedad intelectual en el extranjero y sus efectos en la industria y el comercio de los Estados Unidos.⁴⁷ Según los cálculos contenidos en este informe, Estados Unidos pierde entre US\$ 43 y US\$ 61 mil millones anuales debido a la violación de los derechos de propiedad intelectual en el extranjero; para la industria de los farmacéuticos, la pérdida alcanzó los US\$ 1.9 mil millones en 1986. Aunque el informe no desglosó las pérdidas estimadas en la industria farmacéutica por país latinoamericano, sí calculó las pérdidas de todas las industrias estadounidenses en cada nación de la región. El informe revela que, en 1986, las violaciones de los derechos de propiedad intelectual implicaron para las firmas estadounidenses la pérdida de grandes sumas en México (US\$ 533.4 millones), Brasil (US\$ 426.3 millones), Venezuela (US\$ 36.4 millones), Argentina (US\$ 21.7 millones), Panamá (US\$ 16.1 millones), República Dominicana (US\$ 15.7 millones), Colombia (US\$ 11.8 millones) y Perú (US\$ 4.1 millones). Los cálculos del informe señalan también que El Salvador, Costa Rica y Trinidad y Tobago en conjunto representan

⁴⁶ SCHERING, *op. cit.*, pp. 16-21. Para un estudio sobre la situación en Francia, véase MEYER, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

⁴⁷ SELA, Sistema Económico Latinoamericano, Secretaría Permanente, *Iniciativas de los Estados Unidos hacia América Latina en torno a los derechos de propiedad intelectual y los productos farmacéuticos*, Reunión de Consulta sobre la Industria Farmacéutica Latinoamericana, Caracas, 11-13 de mayo, 1988, p. 21.

pérdidas por US\$ 10.3 millones, mientras que el grupo conformado por Chile, Paraguay y Uruguay totalizaron otros US\$ 1.3 millones.⁴⁸

4. La protección de los derechos intelectuales como una obligación universal

Las cifras arriba mencionadas no son sino un reflejo de la precaria situación en que se encuentran los resultados de la investigación farmacéutica en lo que hace a su protección legal en las jurisdicciones indicadas. Ello, además de traducirse en la falta de recursos para ser destinados a la investigación farmacéutica, ha provocado reacciones por parte de Estados Unidos hacia América Latina similares a las que Alemania adoptó frente a Suiza a principios de siglo, por razones análogas a las que ahora enfrenta la industria farmacéutica investigadora en Estados Unidos.

La aplicación de sanciones de un país a otro es vista como una medida novedosa para hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, tales medidas no son tan novedosas como parecen. En efecto, a principios del siglo se firmó un Convenio comercial entre Alemania y Suiza en el cual se establecía la franquicia aduanera para la importación en Alemania de anilina y otros colorantes procedentes de Suiza. Alemania se reservaba, sin embargo, la posibilidad de exigir el pago de derechos de aduanas para los productos químicos "si Suiza no hubiera modificado antes del 31 de diciembre de 1907 su legislación sobre patentes, en el sentido de que los artículos de la clase mencionada y los de naturaleza semejante o los procedimientos para su fabricación fueran patentables en el caso de novedad de la invención." Ante este Convenio la industria química suiza se encontraba con un dilema: no se querían perjudicar las exportaciones a Alemania, pero se consideraba que la instauración de la patentabilidad de los procedimientos químicos supondría un gran obstáculo para las formas de producción habituales. Pues bien, atendiendo a ambos puntos de vista, en la nueva Ley de 21 de junio de 1907 se estableció por una parte, la patentabilidad de los procedimientos químicos, y por otro lado se tomaron medidas para reducir los efectos de la patentabilidad instaurada.⁴⁹

⁴⁸ COMISIÓN DE COMERCIO INTERNACIONAL DE ESTADOS UNIDOS, *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effect on U.S. Industry and Trade*, publicación 2065 de la CEUCI, febrero 1988 en: SELA, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁹ Así, se dispuso que las patentes para invenciones de procedimientos de fabricación de sustancias químicas sólo podían tener por objeto un único procedimiento,

Volviendo la vista a nuestro medio, hay que decir que la situación tiende a recrudecer cuando se tiene presente que la tesis según la cual la protección de estos derechos es una obligación universal, y no una mera alternativa, adquiere cada día mayor aceptación en el ámbito internacional en nuestros días.⁵⁰

Con estos antecedentes, el plazo que vencerá en 1997 para dispensar la protección patentaria a una serie de invenciones que atañen a la industria farmacéutica, continúa pareciendo excesivo. Los perjuicios que siguen a la falta de protección para invenciones de producto no se solucionan con la patente de procedimiento, pues no existen mecanismos claros que permitan hacer de estos instrumentos verdaderos títulos de protección de las investigaciones de procedimiento. Esto es así en virtud de la ausencia de reglas claras que permitan establecer con toda precisión la extensión de la protección de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido a través del procedimiento patentado y la inversión de la carga de la prueba.

El problema, sin embargo, ha dejado de caracterizarse por lo que a veces se ha considerado una intervención extranjera en asuntos estrictamente domésticos, pues es un hecho que la protección de los derechos intelectuales ha dejado de tener tal carácter. Esto es, que a finales del siglo XX ya no hay duda alguna que la protección de estos derechos se ha convertido en una cuestión en la que las barreras geográficas no son sino divisiones políticas de un comercio que tiende cada vez más a liberalizarse, en un territorio en el que nadie podrá volver a aislarse de los demás por medio de un foso que circunde su propiedad o de una muralla como la china. La protección de las invenciones farmacéuticas ha dejado de ser un fenómeno local, lo mismo que las implicaciones que siguen al grado de protección que se dispense a estas creaciones en cada país.

Por otra parte, se estima que el fortalecimiento de la protección a las invenciones farmacéuticas contribuiría no sólo a sanear los inconvenientes que resultan del estado actual de las leyes mexicanas en el ámbito supranacional, sino que desempeñaría un papel importante

que partiendo de sustancias totalmente determinadas condujera a una única sustancia final. De esta manera se dificultaba extraordinariamente la protección de las invenciones químicas, al prohibirse las habituales patentes de series de procedimientos. Véase BERCOVITZ, "La patentabilidad de las invenciones...", *op. cit.*, pp. 190-191.

⁵⁰ Véase SELA, *op. cit.*, p. 54. Véase también el Artículo 15, 1o. del Pacto Internacional de San José de Costa Rica sobre derechos económicos, sociales y culturales, en el que se menciona a la propiedad intelectual como uno de los derechos humanos básicos.

que atraería nuevas inversiones —nacionales y extranjeras— y estimularía la transferencia metódica de tecnología.

Las anteriores observaciones permiten establecer una clasificación de los distintos países del mundo en dos grupos: los que dispensan una adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual y los que no confieren tal protección. Esta situación debiera, en principio, facilitar el camino para que las autoridades mexicanas dejaran de ver la protección de los derechos intelectuales como una cuestión limitada a ser objeto de negociaciones con el país vecino del norte, para pasar a ocupar tema prioritario en lo que ve a la presencia de México en el ámbito internacional y del lugar que en ese ámbito espera ocupar México. Es evidente que los resultados de la política que el gobierno mexicano ha adoptado sobre esta materia, sólo ha beneficiado a un pequeño grupo de comerciantes, quienes por razones de sobra conocidas, es de esperarse que continúen oponiéndose a cualquier alejamiento del gobierno mexicano de dicha política.

Hasta aquí se ha dejado ver que el tratamiento del problema radica en determinar, por un lado, si el estado de las leyes mexicanas en lo que ve a la protección de las invenciones farmacéuticas es satisfactorio, y por otro, si resulta conveniente o no la conservación del esquema actual de protección. Por lo hasta aquí dicho, creemos haber dejado claro que ninguna de estas dos interrogantes puede contestarse en sentido afirmativo, razón por la cual el corolario de este trabajo no puede ser otro sino una propuesta concreta para que sean modificadas las leyes mexicanas que regulan la protección de las invenciones farmacéuticas. A estas razones habría que agregar que la obtención de fondos para financiar la investigación de los problemas que atañen a la salud está condicionada a la protección que a nivel mundial se dispense a los resultados de la investigación farmacéutica. Sólo con estos fondos se tendrá esperanza con aquellos pacientes que sufren de enfermedades que todavía no son curables por medio de un medicamento. La obtención de estos fondos encaminados a la investigación permitirá la reducción de los costos propios de la investigación de la salud y el fomento a la conservación y la instauración de industrias investigadoras que aporten a la sociedad soluciones a problemas que valga la pena copiar una vez que la patente correspondiente haya caducado y la invención amparada pase al dominio público.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS GENERALES QUE DICTAN LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL Y SUS DIFERENCIAS CON LOS REGLAMENTOS PROPIAMENTE DICHOS

Fauzi HAMDAN AMAD

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema jurídico constitucional.* II. *Concepto y clases de reglamentos.* III. *Significación general y alcance de la teoría de los actos administrativos.* IV. *Actos administrativos generales.* V. *Facultades regladas y discrecionales de la Administración.* VI. *Resoluciones, reglas u órdenes generales dictadas por los órganos de la Administración Pública en el Derecho Positivo Mexicano.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL

En las últimas dos o tres décadas se ha observado, con creciente preocupación por parte de los estudiosos de la ciencia jurídica, en especial los iuspublicistas, que los órganos que integran la administración pública federal, centralizada y descentralizada, en forma creciente han venido dictando reglas, resoluciones, órdenes y, en general, disposiciones de carácter general dirigidas a un número indeterminado de personas, como instrumentos para la mejor aplicación de la ley que corresponde en su ámbito de competencia. Así, encontramos un sinnúmero de resoluciones de carácter general dictadas por diversas autoridades administrativas en diversas materias tales como: la fiscal; la bursátil; en relación al régimen de concesiones para la explotación de bienes del dominio público o para la prestación de servicios públicos; la monetaria y bancaria; en materia cambiaria de seguros y fianzas; en materia de asentamientos humanos y ordenación urbanística; en materia de inversión extranjera y en muchas otras materias que prácticamente abarcan todas las actividades que bajo la función administrativa lleva a cabo el ejecutivo federal, constituyendo tales regulaciones generales verdaderas fuentes del Derecho Administrativo que llegan a ser más ricas y extensivas que la propia ley que les sirve de sustento, apoyo o fundamento para actuar. Este fenómeno no es

exclusivo de nuestro país, sino por el contrario es común a la mayor parte de los países del mundo surgiendo el problema si tales acuerdos, reglas o disposiciones generales emitidos por los órganos secundarios de la administración pública son o no constitucionales en cuanto que, en algunos casos, invaden la esfera de competencia de la función legislativa rebasando con mucho el contenido y alcance de las leyes dictadas por el Congreso de la Unión, o bien, arrogándose facultades reglamentarias que son de la exclusiva incumbencia y competencia del Presidente de la República. En la mayoría de los casos, la propia ley confiere a tales órganos la facultad de expedir disposiciones de esa naturaleza delegando prácticamente en los órganos de la administración la integridad del objeto y contenido normativo.

En muchos países, tales como Francia, Italia, Alemania, su sistema constitucional ha permitido o previsto tal categoría de resoluciones sujetas a ciertos principios, directrices y lineamientos reguladores y controladores por parte de los órganos primarios constitucionales; en nuestro país, desafortunadamente, la doctrina mexicana en general poco se ha ocupado del asunto, excepto algunos autores como el Dr. Jorge Barrera Graf que plantea, certeramente, la problemática en cuestión, pero lo más preocupante del caso es la diferencia ante tal problema de los especialistas en Derecho Administrativo.

A la luz de la estructura que integra todo el sistema institucional del Derecho Mexicano, ciertamente es muy difícil ubicar tal categoría de actos y más ardua la labor de justificar, en algunos casos, su constitucionalidad. El propósito de este trabajo es, por un lado, definir con toda claridad el ámbito de las funciones esenciales del estado a través de los órganos primarios constitucionales; ubicar la naturaleza jurídica de la facultad reglamentaria y del propio reglamento señalando las diferentes clases o categorías de reglamentos admitidos en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano y, con base en lo anterior, determinar en qué casos tales acuerdos, reglas o disposiciones generales tienen la categoría real y auténtica de reglamentos y, por ende, inconstitucionales y cuáles otros, por la índole de su naturaleza, no obstante estar dirigidos a personas indeterminadas, no constituyen auténticos reglamentos y, por ende, justificar su constitucionalidad.

II. CONCEPTO Y CLASES DE REGLAMENTOS

El reglamento es el instrumento legal por medio del cual el titular del órgano ejecutivo encargado conforme a nuestra Constitución del

ejercicio de la función administrativa, crea situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales para desarrollar y detallar una ley formal y materialmente emanada del Congreso de la Unión.¹ Desde el punto de vista cuantitativo el reglamento constituye la fuente más importante del Derecho Administrativo, pero siempre supeditado a la ley y ésta a la Constitución, sin que el reglamento pueda alterar su espíritu ni el contenido y alcance de sus disposiciones.

Jurídicamente, el reglamento goza de las prerrogativas de la ley, por ejemplo, en cuanto que dentro de un juicio la existencia del reglamento no está sujeta a prueba. En los tribunales los reglamentos tienen, en principio, la misma fuerza y valor que las leyes; deben ser aplicados e interpretados por los tribunales de la misma manera que éstas, respetando desde luego la jerarquía del reglamento en relación con la

¹ Nuestra Constitución, influenciada al igual que muchas otras, estructura su organización fundamental de acuerdo con la doctrina de Montesquieu, es decir, que el poder contenga al poder, lo que se lograría según tal doctrina dividiendo las funciones del Poder Estatal, entre diferentes órganos. La distribución de las funciones, es algo que ha sido solucionado de diferentes formas en cada país. En nuestra Constitución, las funciones se dividen en legislativa, jurisdiccional y administrativa ejerciéndolas los órganos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, respectivamente. Así pues, la principal característica de la Función Legislativa es establecer por vía general y obligatoria las normas a que ha de ajustarse la conducta de los miembros de la comunidad, en cuanto a la judicial su nota distintiva estriba en la aplicación de la ley a un caso concreto, resolviendo una controversia o disputa de los miembros de la comunidad entre sí, o bien, de alguno o algunos de los miembros de la comunidad con el Estado para el mantenimiento o restablecimiento del Orden Jurídico quebrantado. Por lo que hace a la función administrativa, referida por algunos tratadistas como función ejecutiva y aceptando de antemano la extrema dificultad para su total y completa caracterización, puede ser conceptuada para los fines de este trabajo como aquella que tiene por objeto fundamental crear situaciones jurídicas concretas e individuales al ejecutar la ley, al igual que la satisfacción, mediante actos materiales primordialmente, de las necesidades colectivas y de los intereses públicos. La Constitución no sigue escrupulosamente la división de las funciones estatales que la doctrina le ha atribuido, resultando de ahí que si bien normalmente el Órgano Legislativo realiza la función legislativa (correlación de los criterios orgánico y material) sucede que, por la vía de excepción, realiza otras funciones que por su naturaleza intrínseca debieran corresponder a cualesquiera de los otros órganos estatales; lo mismo acontece con los órganos judicial y ejecutivo. Concretándonos al Órgano Ejecutivo, éste realiza por medio de la facultad reglamentaria una función que desde el punto de vista material o por su naturaleza, corresponde a la función legislativa como es la de crear situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, cuyo ejercicio no tiene por finalidad el establecimiento de un nuevo orden jurídico, sino un medio para la aplicación de la ley.

En otros países, como por ejemplo, Argentina, Francia, Alemania, etc., se autoriza expedir reglamentos a diversos órganos administrativos sin tener el titular del poder ejecutivo la exclusividad de expedición de los mismos.

ley, de manera que si el primero contradice o va más allá de la ley que desarrolla será inconstitucional.

Dentro de nuestro sistema constitucional, la facultad reglamentaria hoy en día indiscutida corresponde en forma exclusiva al Presidente de la República según lo establecido por el artículo 89, Fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En estas condiciones, podemos decir, conforme a nuestro Derecho, que todo reglamento es heterónomo por estar vinculado, en cuanto a su existencia, contenido y alcance, a una ley.

En cuanto al fundamento de la facultad reglamentaria del órgano ejecutivo se han dado básicamente tres clases de fundamentos: uno histórico, el otro lógico y el jurídico. Por lo que hace al primero, el histórico, se parte de la base de que la potestad reglamentaria del ejecutivo corresponde a un poder residual como resultado de la división de las distintas funciones que tenía concentradas el rey entre los distintos órganos que le estaban jerárquicamente supeditados. Dicha división de funciones, según se adopte la teoría de Montesquieu o de Locke, no se llevó hasta sus últimas consecuencias y quedó en manos del ejecutivo, además de la simple función ejecutoria de la ley, una especie de residuo de función legislativa desde el punto de vista material como medio o instrumento para mejor proveer a la aplicación de la ley; sin embargo, tal división de funciones no fue regulada en forma homogénea por los diferentes países, de manera que en algunos de ellos el ejecutivo conserva una potestad reglamentaria, propia y originaria, para regular directamente determinadas materias sin ley de por medio del Congreso de la Unión, conociéndose en la doctrina a tal clase de reglamentos, como más adelante lo analizaremos, con el nombre de reglamentos autónomos o independientes.

El fundamento lógico de la potestad reglamentaria se explica por la imposibilidad de que el órgano legislativo pueda prever todas las contingencias en que haya de encontrarse la administración en la aplicación de la ley. Esta imposibilidad es más cierta en nuestros días dada la multiplicidad de tareas encomendadas al ejecutivo, al igual que por el contenido de las materias reguladas por la ley que por su contenido técnico o por el objeto cambiante y dinámico que se regula es imposible que el legislador contemple casuísticamente todos los supuestos e hipótesis en detalle, confiriendo al ejecutivo facultades discrecionales, en mayor o menor grado, para el ejercicio de su función.

Por último, en cuanto al fundamento jurídico, ya lo señalamos, deriva del propio texto constitucional que, aunque en la actual Constitución

no está previsto de manera expresa, se infiere por sus antecedentes históricos y como un medio necesario para mejor proveer en la esfera administrativa al cumplimiento y aplicación de la ley. Es innegable que la potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y, en consecuencia, propia del órgano ejecutivo.

Hay autores que ubican al reglamento como una especie del acto administrativo, en tanto que otro sector de la doctrina sostiene que no es un acto administrativo. Quienes niegan que el reglamento tenga el carácter de acto administrativo invocan la generalidad del reglamento pues para ellos el acto administrativo, por su naturaleza, crea situaciones jurídicas concretas e individuales, en tanto que otros autores incluyen al reglamento dentro del concepto de acto administrativo. El criterio general adoptado por la doctrina mexicana es que el reglamento no encuadra dentro del concepto de acto administrativo, lo cual es corroborado por el sistema jurídico administrativo mexicano en que distingue, para los efectos de los medios de impugnación, entre el reglamento y el acto administrativo propiamente dicho. Así, por ejemplo, para los efectos del juicio de amparo se puede impugnar el reglamento no encuadra dentro del concepto de acto administrativo, o autoejecutivo, sin esperar al primer acto de aplicación del mismo mediante una resolución o acto administrativo individual. En cuanto a la competencia de los tribunales contenciosos administrativos locales, incluyendo el del Distrito Federal, la procedencia del juicio de nulidad tiene lugar contra actos administrativos individuales y concretos, con lo cual se demuestra que en el Derecho positivo mexicano, dentro del concepto de acto administrativo no queda subsumido o incluido el reglamento; ambos son actos de la Administración Pública pero tienen diferencias en cuanto a su naturaleza y efectos.

La doctrina reconoce básicamente cuatro clases o especies de reglamentos, los de ejecución, los autónomos, independientes o constitucionales, los delegados y los de necesidad o de urgencia.

Los llamados reglamentos de ejecución son los que en ejercicio de atribuciones constitucionales propias del titular del órgano ejecutivo, para hacer posible o más conveniente la aplicación o ejecución de las leyes, ejerce su potestad reglamentaria para la aplicación y concreción de la ley. Esta clase de reglamentos, subordinados a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento sino también los fines que se propuso el legislador. Los límites de la potestad reglamentaria en esta clase de reglamentos de ejecución consisten básicamente en que no se altere el espíritu de la

ley con excepciones reglamentarias, de manera que el reglamento puede modificar el texto de la ley en sus modalidades de expresión pero nunca en su acepción o contenido sustantivo. Asimismo, por su propia naturaleza, los reglamentos de ejecución tienen un límite virtual o implícito consistente en que la ley respectiva, por la materia que trate, sea atribuida su competencia expresa al órgano ejecutivo. Para ello, se entiende claramente por qué el ejecutivo no puede reglamentar diversas instituciones previstas, por ejemplo, en los Códigos Civiles y de Comercio ya que regulan, básicamente, sobre instituciones de Derecho Privado y les corresponde a los jueces, y no a la Administración Pública, su aplicación y concreción.

Los reglamentos autónomos, independientes o constitucionales, como también se les conoce en la doctrina, son aquellos que dicta el titular del órgano ejecutivo sin someterse a una ley formal. La mayoría de los tratadistas nacionales admiten la existencia de tal clase de reglamentos, es decir, aquellos que son dictados por el órgano ejecutivo sin someterse a una ley formal. Dada la naturaleza del órgano ejecutivo y de sus funciones dentro del marco constitucional, la regla general es que sólo puede ejercitar la facultad reglamentaria respecto de una ley formal. Para que pueda expedir el ejecutivo un acto reglamentario primario, originario o autónomo, sin ley de por medio expedida por el Congreso de la Unión, debe existir disposición expresa en el texto constitucional. En nuestro sistema solamente se admiten dos casos de excepción en los que el ejecutivo puede ejercitar facultades extraordinarias para legislar (Artículos 29 y 131 de la Constitución) y, aún en esos casos, su ejercicio está sujeto a las bases generales que al efecto le hubiere autorizado y fijado el Congreso de la Unión. No obstante ello, por razones que todavía hoy en día no encontramos una explicación, ni mucho menos justificación, una mayoría absoluta de constitucionalistas y administrativistas, incluyendo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación,² aceptan, admiten y toleran, a pesar de que con ello desarticulan nuestra propia estructura constitucional, la existencia de los mal llamados reglamentos autónomos en que el Presidente de la República sin ley de por medio del Congreso de la Unión y sin que la propia Constitución nos defina el contenido y alcance de esa facultad, expide los reglamentos gubernativos y de policía supuestamente fundado en el Artículo 21 Constitucional. Aún más, se ha

² Aunque no encontramos jurisprudencia en que expresamente se haya discutido la constitucionalidad de los llamados reglamentos autónomos; en cambio hallamos algunas resoluciones en que implícitamente se admite su constitucionalidad.

llegado a admitir por el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en jurisprudencia definida, que los reglamentos gubernativos y de policía pueden ser expedidos por la autoridad municipal y en el Distrito Federal por el Jefe del Departamento del Distrito Federal.³ Ahondando sobre el particular, tal clase de reglamentos serían válidos en aquellos regímenes en que sus Constituciones contemplen lo que se denomina "reserva de la Administración" por oposición a la "reserva de la ley". Así como el ejecutivo no puede invadir con su acción la esfera propia y exclusiva del legislador éste tampoco puede invadir —so pena de inconstitucionalidad— la esfera propia y exclusiva del ejecutivo. Cada poder sólo puede actuar válidamente en la esfera de su respectiva competencia establecida por la propia Constitución. A la "reserva de la ley" se opone, pues, la "reserva de la Administración". En nuestro sistema constitucional, a diferencia de otros sistemas, no existe un catálogo o enumeración de materias reservadas a la Administración en que pueda ejercer su potestad reglamentaria sin ley de por medio del Congreso de la Unión. El nombre de reglamento autónomo corresponde a facultades propias del ejecutivo resultantes directamente de la Constitución y en nuestra ley suprema no existen tal clase de facultades otorgadas al ejecutivo federal.

Es importante no confundir los reglamentos autónomos con el llamado ejercicio de facultades discrecionales. Éstas surgen, no de la propia Constitución en términos generales, sino de la legislación, excepto el ejercicio de facultades propias del ejecutivo señaladas en el Artículo 89 Constitucional que por su naturaleza son originarias e indelegables pero en ninguna de las facultades conferidas al ejecutivo en tal precepto constitucional se establece la facultad de expedir reglamentos de esta naturaleza.

Por lo que hace a los reglamentos llamados delegados son aquellos que emite el poder ejecutivo en virtud de una atribución o habilitación que le concede el órgano legislativo. Nuestra Constitución no hace referencia expresa o implícita a este tipo de reglamentos, excepto en los casos previstos en los Artículos 29 y 131 Constitucionales.⁴ Sin

³ Ver sobre el particular mi estudio "Breves Reflexiones sobre la Inconstitucionalidad de los llamados Reglamentos Autónomos Gubernativos y de Policía". *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 2, 1978, pp. 239 y siguientes.

⁴ Ver con mayor amplitud este tema en mi estudio "Las Facultades Legislativas del Presidente de la República". *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 5, 1981, pp. 175 y siguientes.

embargo, en aquellas Constituciones que expresamente no admiten tal clase de reglamentos, como es la Argentina, la doctrina de dicho país está dividida sobre la posibilidad de expedir tal clase de reglamentos delegados aunque sujetándolos a ciertos requisitos y sobre determinadas y específicas materias. Así, Rafael Bielsa⁵ acepta la posibilidad de que estos reglamentos sean constitucionalmente emanados "en materia de administración, siempre que no importe remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restringen el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio". Aquellos que, junto con dicho autor, admiten tal clase de reglamentos, los restringen al ámbito interno de la Administración, como son los llamados Reglamentos Interiores de las diversas Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos que con base en el Artículo 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal faculta al ejecutivo para delegar la competencia señalada en dicha ley y en los demás ordenamientos legales a los órganos secundarios de la Administración jerárquicamente subordinados a tales órganos primarios de la Administración Pública. En este caso, más que de reglamentos delegados se trata simplemente de una delegación de competencia de los órganos superiores a los órganos inferiores, la cual puede tener lugar mediante acto concreto o individual, esto es, la delegación específica de un órgano superior a un órgano inferior o mediante la distribución general de la competencia entre los diversos órganos a través de los llamados reglamentos interiores. De lo anterior se infiere que existe una distinción fundamental entre la delegación para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un órgano de la Administración Pública a fin de arreglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. En nuestro sistema constitucional lo primero no puede hacerse, en tanto que lo segundo es permisible bajo ciertos límites que serán materia del Capítulo III de este estudio.

Por último, se encuentran los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, los cuales tienen contenido legislativo, esto es, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integran la competencia de éste, de manera que, en definitiva, su eficacia ulterior depende de la ratificación del Congreso de la Unión del ejercicio de tal clase de reglamentos expedidos por el ejecutivo.

⁵ *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1959, p. 480.

El fundamento constitucional de esta clase de reglamentos de estado de necesidad y urgencia se encuentra en el Artículo 29 Constitucional derivada de una situación súbita de urgencia aguda e imprevista que torne indispensable hacer frente a tales circunstancias (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad de momento, incluso de orden económico) mediante la emanación de disposiciones generales dictadas por el ejecutivo sin tener que sujetarse a las comprensibles dilaciones del trámite propiamente legislativo.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que los únicos reglamentos permitidos en nuestra Constitución son los llamados reglamentos heterónomos de ejecución y, por excepción, los llamados reglamentos delegados o heterónomos de integración para los casos previstos en los Artículos 29 y 131 de la Constitución, conocidos igualmente estos últimos, cuando se trata de situaciones urgentes o de necesidad, como reglamentos de "urgencia o de necesidad" para el caso previsto en el Artículo 29 de la ley suprema.

Quisiera referirme, aunque sea someramente, a las normas llamadas reglamentarias de los organismos descentralizados, a la mayoría de los cuales la Ley Orgánica que los crea les reconoce un cierto poder normativo, de nivel desde luego subordinado. Así, diversas leyes, como por ejemplo la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de México remite la regulación de no pocos aspectos de la vida universitaria a lo que en cada caso se disponga conforme a sus disposiciones estatutarias, que regulan el ámbito interno de organización y funcionamiento de tales entes.

Aunque propiamente dicho no se trata de una clase de reglamentos, dentro de este capítulo, es importante hacer referencia a lo que la doctrina denomina "remisión normativa", que consiste cuando una ley reenvía a una normación ulterior que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece. El reenvío de que aquí se habla no es un reenvío material o receptivo, como en el supuesto de los reglamentos determinados que se acaban de analizar, sino de un reenvío puramente formal, mediante el cual la norma reenviante no se apropia del contenido de la reenviada. En esta clase de reenvío la norma reenviante sólo se limita a disponer que un determinado supuesto de hecho sea regulado por la norma remitida de cuyo contenido concreto se desentiende. De este modo, las normas dictadas por la Administración en ejecución de la remisión contenida en una ley tienen el valor de simples reglamentos, o bien, puede integrarse el supuesto de hecho de la

norma reenviante a través de los actos administrativos generales dictados por órganos secundarios de la Administración Pública.

El problema fundamental que plantea la remisión normativa es el de determinar los límites de esa remisión, desde la perspectiva de las materias reservadas a la ley. Si existen regulaciones referentes a ciertas materias que la Constitución impone que se realicen "sólo por ley", según se desprende del análisis de todos los preceptos que integran nuestra Constitución, cabe preguntarse si es posible que la ley pueda reducirse a recoger unos cuantos elementos de dicha regulación y remitir el resto a las disposiciones de la norma enviada. La respuesta está en que la ley ha de abordar por sí misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo esencial de dicha regulación de modo que la remisión que pueda hacer a un reglamento o a un acto administrativo general no implique una abdicación de regulación de dicho núcleo o al menos de sus criterios fundamentales y básicos, sino un verdadero complemento de la ley.

III. SIGNIFICACIÓN GENERAL Y ALCANCE DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En nuestro Derecho Positivo el acto administrativo es una institución más del Derecho Administrativo, el cual puede ser definido, en sentido amplio, como todo acto jurídico dictado por la Administración. Así, se puede distinguir de la actuación no jurídica de la propia Administración (actos materiales).

Este concepto amplio actualmente desestimado en la doctrina y en la legislación en favor de un concepto más restringido, excluye a los reglamentos y a los propios contratos administrativos, aun cuando no faltan autores que ubican al reglamento y a los contratos administrativos dentro del concepto genérico de acto administrativo.

Partiendo de esta reducción conceptual, el acto administrativo puede definirse como la declaración unilateral dictada, de conformidad con la ley, por los órganos de la Administración Pública que crean una situación jurídica concreta o general.

De la definición que hemos dado derivan una serie de notas o características esenciales al acto administrativo que son las siguientes:

a) Se trata, desde luego, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales (ejecuciones, coacciones, actividad técnica de la Administración, como pareceres, opiniones, dic-

támenes, la realización en sí misma de actos materiales como la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos, etcétera, cuyos actos materiales pueden, desde luego, preceder o constituir el antecedente de un acto administrativo propiamente dicho o bien ser el efecto o consecuencia del acto administrativo);

b) Tal declaración debe proceder de la propia Administración Pública, lo que excluye los actos jurídicos del administrado, los supuestos actos materialmente administrativos dictados por órganos públicos no encuadrados en la Administración (por los órganos judiciales y legislativos), así como los contratos, convenios, pactos o concertaciones que son fruto de varias voluntades, y no sólo de la Administración. En consecuencia, se reitera que el acto administrativo es un acto unilateral dictado por el órgano competente conforme a la ley y, por lo tanto, se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa. Precisamente sobre esta última nota o característica se establece la relevancia jurídica de los actos administrativos y, en cuanto son expresión de una potestad, producen los efectos jurídicos que tal potestad tiene como propios. Finalmente, y esto resulta de gran importancia, el carácter de órgano administrativo de una potestad es lo que conecta el acto a la legalidad pues no hay potestad sin norma previa reglada, o bien, discrecional; y

c) Hemos precisado que la potestad administrativa ejercida ha de ser distinta de la potestad reglamentaria, ya que no se trata de una simple diferencia cuantitativa (destinatarios generales o indeterminados para el reglamento, determinados para el acto), sino también de grado ya que el reglamento crea o innova el Derecho Positivo dentro del marco de la propia ley que le sirve de sustento, en tanto que el acto administrativo sólo lo aplica, *mucho más cuando se admite la figura, de los actos administrativos generales o que tengan por destinatarios una pluralidad indeterminada de sujetos*, a los cuales en capítulo por separado haré alusión a esta categoría de actos.

IV. ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

Dentro de la clasificación de los actos administrativos, por razón de sus efectos, la mayoría de los tratadistas distingue a los actos administrativos en aquellos que producen efectos generales y los que producen efectos individuales. No obstante lo extendida que está la opinión de considerar el acto administrativo como una declaración

individual, hay que reconocer también la importancia de un importante sector de la doctrina al igual que la experiencia que en los diversos derechos positivos de los países se tiene, incluyendo el nuestro, que distingue dos categorías de actos administrativos: los generales y los concretos o especiales. Algunos autores asimilan a los actos administrativos generales con los reglamentos, esto es, aquellos autores que incluyen dentro del concepto de acto administrativo al propio reglamento. Así, el acto administrativo es general cuando la declaración que lo constituye tiene como destinatarios a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables. Asimismo, una parte de la doctrina llega un poco más allá y descubre que el acto administrativo general *no necesariamente* es de contenido reglamentario o normativo y se trata simplemente de actos generales pero no reglamentarios que no son creadores de normas jurídicas, dentro de los cuales quedan comprendidos, entre otros, las convocatorias de concursos, oposiciones y subastas; órdenes de censo; fijación de precios de mercancías o efectos; establecimiento o supresión de la veda de caza y pesca; en materia de desarrollo urbano todos los actos administrativos generales relativos a la formulación del plan director y de los planes parciales, etcétera. Este aspecto será más ampliamente tratado cuando analicemos, que constituye el objeto de este trabajo, lo relativo a determinar si las resoluciones, órdenes y reglas que emiten los órganos secundarios de la Administración Pública tienen o no el carácter de reglamentos, o son, simplemente actos administrativos generales, pues de la distinción o caracterización de unos y otros, dependerá, en todo caso en nuestro Derecho Positivo, calificar a tal tipo de actos constitucionales o no, pues si tales actos administrativos generales, por sus características esenciales, llegaran a identificarse con los reglamentos propiamente dichos, aun cuando no recibieran formalmente tal denominación, serían inconstitucionales, pues tal como ya lo hemos reiterado la facultad o potestad reglamentaria es, en el Derecho Positivo Mexicano, exclusiva del presidente de la República.

Antes de entrar a tal aspecto medular de la problemática que planteamos y que de alguna manera la doctrina ha soslayado, es importante señalar el concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales para que completemos todos los aspectos y elementos que integran la función administrativa y así estar en posibilidad de abordar y despejar en qué casos las resoluciones, reglas u órdenes que como actos administrativos generales emiten los órganos secundarios de la Administración Pública son constitucionales por no ser propiamente

reglamentos y, en qué casos bajo tales denominaciones, se disfraza o se oculta una auténtica función reglamentaria.

V. FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Ya hemos apuntado que la actividad administrativa puede ser calificada de muy diversos modos, conforme a las distintas formas jurídicas que puede asumir; tales clasificaciones responden a diferentes finalidades explicando una u otra de las particularidades del ejercicio de la función administrativa; por lo demás son fundamentales en el Derecho Administrativo pues constituyen la parte casi más importante de su teoría general.

Las facultades de un órgano administrativo estarán regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el órgano de la administración debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le confiere, en mayor o menor grado, cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público; por esa eficacia o conveniencia u oportunidad es que en algunos casos es contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto. Así, en el caso de las facultades discrecionales la ley permite al órgano que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto según las circunstancias, de modo que se trata entonces de que haya una correspondencia entre el objeto del acto (aquello que el acto decide, certifica u opina con efectos directos) y las circunstancias de hecho exteriores a él.

Es indiscutible que la ley no puede en ningún caso prorrogar, renunciar o abdicar, expresa o implícitamente, la competencia; de modo que este elemento del acto administrativo es un elemento sobre el cual no cabe la discrecionalidad; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad los órganos a través de sus titulares constituyen elementos reglados siempre, al igual que la finalidad del acto, que constituye el elemento más importante y trascendente.

La discrecionalidad que las normas jurídicas suelen otorgar al órgano administrativo, que cada vez son más no sólo cuantitativamente

hablando sino también cualitativamente, no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica cuando éstas sean claras y uniformes. En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas (indiscutibles e indiscutidas) y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica lo que la Administración ha hecho o pretende hacer es indudablemente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en que cabe admitir la duda, entonces la libertad del órgano es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles técnicas. Es importante destacar que en este punto se ha operado una importante evolución del Derecho Administrativo, sobre todo a partir de las últimas tres décadas, al menos en el Derecho Positivo Mexicano en que cada vez con mayor frecuencia, en cuanto a su contenido y alcance, la ley deja al órgano de la Administración mayores facultades de apreciación no sólo de carácter eminentemente técnico sino de otros aspectos de contenido económico, social e inclusive político, pero aún en estos casos es indiscutible que la facultad discrecional queda sujeta al principio de legalidad y, por ende, al control jurisdiccional. Lo que sí es evidente es que hoy en día ya no es posible admitir, como en algún tiempo llegó a aceptarse, que haya una absoluta y completa discrecionalidad en materia técnica, pues tal apreciación está sujeta al interés público y a los fines de valorar la posibilidad de la acción o contenido de la Administración conforme a la finalidad de la ley que otorga tal discrecionalidad.

No es el caso, para los efectos de este ensayo, extendernos sobre las diferentes clases de discrecionalidad y sus límites, sino sólo subrayar que el concepto tiene gran transcendencia para los efectos de este trabajo pues en todos los casos, sin excepción, las resoluciones de carácter general que dictan los órganos secundarios de la Administración Pública tienen su apoyo en la ley y/o reglamento que confiere la discrecionalidad a tales órganos para fijar los criterios o las reglas correspondientes al objeto del acto administrativo.

VI. RESOLUCIONES, REGLAS U ÓRDENES GENERALES DICTADAS POR LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

En el capítulo introductorio hicimos alusión a lo extendida que está la práctica de emitir los órganos de la Administración Pública resolu-

ciones de carácter general, desarrollando o detallando la ley o reglamento que le sirve de sustento, con motivo de la discrecionalidad que en tales ordenamientos se confiere a tales órganos. Ya decíamos que prácticamente en todas las áreas o campos de acción de la actividad administrativa la ley de manera expresa remite (que no es lo mismo que delegación legislativa como ya lo apuntamos en el capítulo II) a los órganos de la Administración para que éstos sean los que, conforme a las circunstancias, fijen mediante reglas o resoluciones generales el contenido y objeto regulado por la ley. El aspecto medular estriba en saber, a la luz del orden jurídico, si los órganos secundarios de la Administración Pública pueden dictar actos administrativos generales a través de resoluciones, reglas u órdenes y en todo caso, el límite del ejercicio de tales facultades y los casos en que lo pueden hacer sin constituir o crear reglamentos cuya facultad está reservada en nuestro Derecho positivo al presidente de la República como ya quedó asentado. El planteamiento es propio del Derecho mexicano sin excluir la posibilidad del mismo problema en otros países; sin embargo, en muchos otros países su legislación (desde luego incluyendo a la Constitución) prevé la posibilidad de que los órganos de la Administración dicten o emitan resoluciones de carácter general, con el rango de reglamentos; más aún, como ya lo señalamos con antelación al hablar de los reglamentos autónomos o independientes, en Francia, por ejemplo, se admite tal clase de reglamentos como materia reservada a la Administración, desarrollando o reglamentando un precepto constitucional sin ley de por medio del órgano legislativo, en cuyo caso tal clase de reglamentos solamente pueden ser dictados o emitidos por el presidente de la República, en tanto que otra clase de reglamentos, como los ejecutivos, se permite que sean dictados por órganos secundarios de la Administración Pública. En el Derecho anglosajón, concretamente el americano, está ampliamente extendida la práctica de dictar tal clase de resoluciones por órganos secundarios de la Administración cuya constitucionalidad ha sido aceptada y reconocida por la Suprema Corte de Justicia de ese país.

Sobre este tema, a pesar de su gran transcendencia e importancia, la doctrina mexicana poca atención le ha prestado y, por lo que se refiere a ejecutorias de los tribunales federales, prácticamente nada existe sobre el particular, excepto la jurisprudencia reiterada de nuestro máximo tribunal en el sentido de que los reglamentos administrativos

son facultad exclusiva del presidente de la República.⁶ Por tanto, la cuestión reviste mucha importancia y prácticamente estamos incurriendo en un terreno casi virgen en la doctrina mexicana.

El análisis de esta cuestión, para fines meramente didácticos, lo dividiremos en dos secciones como sigue: a) Casos y situaciones en que invariablemente debe mediar el ejercicio de la potestad reglamentaria para desarrollar y detallar una ley y diferencias entre los reglamentos propiamente dichos y las resoluciones de carácter general dictadas por los órganos secundarios de la Administración Pública; y b) Límites en el ejercicio de tal potestad administrativa para dictar actos administrativos generales.

a) *Casos y situaciones en que invariablemente debe mediar el ejercicio de la potestad reglamentaria para desarrollar y detallar una ley y diferencias entre los reglamentos propiamente dichos y las resoluciones de carácter general dictadas por los órganos secundarios de la Administración Pública.*

Hoy en día, en efecto, no hay posibilidad ninguna de gobernar una sociedad como la actual cuyas interrelaciones son cada vez más complejas y sutiles sin una Administración que asegure el supuesto de sus

⁶ Tesis 512. *Reglamentos administrativos. Facultad del Presidente de la República para Expedirlos.* Su Naturaleza. El Artículo 89, Fracción I, de nuestra Carta Magna, confiere al Presidente de la República tres facultades: a) La de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión; b) La de ejecutar dichas leyes; y c) La de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, o sea la facultad reglamentaria. Esta última facultad es la que determina que el ejecutivo pueda expedir disposiciones generales y abstractas que tienen por objeto la ejecución de la ley, desarrollando y complementando en detalle las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos expedidos por el Congreso de la Unión. El reglamento es un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo; participa de los atributos de la ley, aunque sólo en cuanto ambos ordenamientos son de naturaleza impersonal, general y abstracta. Dos características separan la ley del reglamento en sentido estricto: este último emana del ejecutivo, a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley. Pero aún en lo que aparece común en los dos ordenamientos, que es su carácter general y abstracto, sepáranse por la finalidad que en el área del reglamento, se imprime a dicha característica, ya que el reglamento determina de modo general y abstracto los medios que deberán emplearse para aplicar la ley a los casos concretos.

Séptima Época, Tercera Parte:

Vol. 51, pág. 81. A. R. 1409/72. Creaciones Raklin, S. A. 5 votos.

Vol. 52, pág. 78. A. R. 1137/72. Manuel Alvarez Fernández, 5 votos.

Vol. 53, pág. 27. A. R. 1608/72. Blusas y Confecciones, S. A. Unanimidad de 4 votos.

Vol. 54, pág. 31. A. R. 1017/72. Yosam, S. A. 5 votos.

Vol. 55, pág. 39. A. R. 1346/72. Embotelladora Potosí, S. A. de C. V. 5 votos.

mantenimientos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes, dentro de los límites constitucionales, uno de los cuales es la potestad reglamentaria. También ya hemos hecho alusión a que tal potestad se ha desatado en todas partes, en volumen y en complejidad y que ha pasado a ser la parte más significativa del orden jurídico-administrativo. Frente a la solemnidad, lentitud, intermitencia del funcionamiento del órgano legislativo, está la habitualidad, adaptación y continuidad de la producción reglamentaria. Su justificación y extensión deriva de la complejidad técnica de muchos de los aspectos que hoy en día son regulados por la ley a raíz del aumento de las atribuciones del Estado que hace difícil, y en algunos casos imposible, que la ley detalle muchos aspectos complejos de la vida económica y social de la sociedad por la falta de experiencia, conocimientos y capacidad técnica, frente a la adaptabilidad y flexibilidad que el mismo ordenamiento debe tener para lograr su eficacia en su aplicación. Hoy en día pues resulta indiscutible que la potestad reglamentaria es absolutamente imprescindible, lo que no excluye el cuestionar en base a qué criterios jurídicos y en virtud de qué títulos formales se legitima esta potestad.

En primer lugar, parece claro que la potestad reglamentaria es propia y originaria del titular del órgano ejecutivo, y no por delegación del órgano legislativo, a pesar de la frecuencia con que la ley suele invitar o exhortar al ejecutivo a expedir los reglamentos relativos al ordenamiento correspondiente, llegándose en algunos extremos a no aplicarse la ley por parte de la autoridad administrativa mientras no se expida o expidan los reglamentos conducentes para su aplicación. Un ejemplo concreto y actual lo constituye la Ley Federal de las Entidades Paraestatales en que todavía no funciona el Registro de los Órganos Descentralizados por no existir reglamento que establezca la organización, funcionamiento y operación de tal registro.

Igualmente, al menos en nuestro Derecho mexicano, la potestad reglamentaria no constituye un poder propio e inherente a toda la Administración, sino exclusiva del Presidente de la República. El reglamento y los actos administrativos generales o individuales son figuras diferentes e irreductibles. Los primeros se integran en el ordenamiento jurídico; en tanto que los actos no tienen el carácter integrador o complementario de la ley, sino sólo es fase ejecutiva o de aplicación, bien sea tratándose de actos reglados o discrecionales; en segundo lugar, el reglamento tiene un poder creador normativo, dentro de los

lineamientos de la ley que le sirve de sustento, en tanto que los actos administrativos tienen un poder aplicativo de esas normas.

En el reglamento, por ser facultad originaria y propia de la Administración, por imperativo constitucional, el hecho o la circunstancia de que la ley invite o exhorte al ejecutivo a expedir un reglamento de la misma, no legítima o autoriza que sólo en los casos en que la ley hace tal invitación pueda el ejecutivo proceder a su reglamentación; en cualquier clase de ley, cuya competencia le sea atribuida a la Administración para su aplicación y concreción, puede el ejecutivo, libremente, ejercer la potestad reglamentaria si así lo considera conveniente o necesario como medio para aclarar, desarrollar o detallar la ley para su mejor aplicación; en tanto que tratándose de los actos administrativos, individuales o generales, se requiere siempre y en todos los casos que la ley faculte al órgano de la Administración correspondiente para que dicte o emita tales actos administrativos, bien sea a sujetos determinados y concretos o a destinatarios generales o indeterminados.

Tanto el reglamento como los actos administrativos son instrumentos jurídicos, entre otros, que utiliza la Administración Pública, pero desde luego con diferencias sustanciales. El reglamento no es un simple acto administrativo general sino que forma parte integrante del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto administrativo es algo ordenado y producido en el seno del ordenamiento y por esto mismo el medio ordinario de aplicación del mismo. El ordenamiento innova al ordenamiento (deroga otro ordenamiento anterior, crea nuevas normas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos) en tanto que el acto administrativo se limita a ordenar el ordenamiento a un supuesto dado, sea reglado o discrecional. Es cierto, que en muchos casos el reglamento viene a fijar los criterios integradores de las facultades discrecionales que la ley confiere a la Administración dando así mayor seguridad, certeza y homogeneidad a los actos de aplicación que corresponde dictar a los órganos secundarios de la Administración Pública; pero no necesariamente donde hay una facultad discrecional debe existir un reglamento, pues existen muchas leyes administrativas en que se confieren facultades discrecionales a la Administración y, en todo caso, mediante fijación de criterios internos determinan su ejercicio.

La distinción es normalmente visible o clara por sí misma especialmente porque la individualización de la norma en un caso concreto se traduce en que éste suele presentarse con un destinatario específico (la sanción administrativa, la licencia otorgada a una persona o un

petionario concreto, el nombramiento o la jubilación de un servidor público, etc.), en tanto que los reglamentos suelen hablar en un lenguaje impersonal y abstracto, pero el problema se complica cuando nos encontramos, como ya se señaló, ante actos genuinamente reales que no aparecen dirigidos a un destinatario sino a un determinado grupo de sujetos o incluso a toda la colectividad. En nuestra opinión, siempre deben ser reglamentos, independientemente de la denominación que llegue a usarse en la práctica administrativa, cuando tenga por objeto desarrollar y detallar una ley mediante la integración de normas complementarias y secundarias del ordenamiento legal correspondiente, independientemente que la ley otorgue o no a la Administración Pública facultades discrecionales. En todos los casos en que existan disposiciones generales, que desarrollen una ley, mediante un proceso integrador o complementario estaremos en presencia de un auténtico reglamento cuya expedición en nuestro sistema constitucional sólo es plausible legalmente realizarla por el Presidente de la República, por lo que resultan inconstitucionales todas aquellas disposiciones generales que con el nombre de reglas, resoluciones u órdenes expiden los órganos secundarios de la Administración Pública, mediante los cuales desarrollan y detallan el contenido u objeto de la ley. Así, por ejemplo, son inconstitucionales las resoluciones generales que mediante el nombre de miscelánea expide, año con año, el titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para explicar, aclarar o fijar el contenido normativo adicional, complementario o subsidiario de lo que señala la propia Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento, a pesar de que la misma Ley del Impuesto sobre la Renta confiere a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad de expedir tal clase de reglas, pues como ya lo indicamos el órgano legislativo no puede delegar su función, y menos en un órgano secundario de la Administración, puesto que la facultad reglamentaria es propia y originaria del Presidente de la República e implicaría que el órgano legislativo está invadiendo la esfera de competencia del titular del ejecutivo federal y, en segundo lugar, porque la función integradora de la ley a través de tal clase de reglas tiene como límite que el órgano legislativo realice y desarrolle realmente su función legislativa. Igualmente, resultan inconstitucionales, por las mismas razones, las resoluciones de carácter general, que por su naturaleza constituyen verdaderos reglamentos que emiten órganos de Administración personalizada o con función competencial propia como son la Comisión Nacional de Valores, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, Co-

misión Nacional de Inversiones Extranjeras, etc., o las que suelen expedir algunas Secretarías de Estado a través de reglas o resoluciones o bajo la incorrecta denominación de oficios circulares con fines integradores e innovadores del sistema normativo.

b) *Límites en el ejercicio de la potestad administrativa para dictar actos administrativos generales*

Sujeto desde luego a que en cada caso en particular se analice y determine si estamos en presencia o no de un auténtico reglamento, cabe la posibilidad de establecer, en principio, que sí es factible, conforme a nuestro Derecho mexicano, que los órganos secundarios de la Administración Pública, puedan expedir actos administrativos generales con destinatarios indeterminados o indeterminables, como instrumentos para la ejecución de la ley que le sirve de fundamento, situaciones que se presentan, comúnmente, en la mayor parte de las leyes administrativas mexicanas, sin que necesariamente haya reglamento. El órgano al que la ley atribuye tal competencia puede expedir actos administrativos generales cuando se trata, por su naturaleza, de actos con destinatario indeterminado, como serían los casos de una convocatoria, concurso o licitación pública, la declaratoria de veda en materia de caza y pesca, declaratorias relativas a la prohibición o restricción para la autorización de perforación de pozos artesanales para extracción de agua, declaratorias generales en cuanto a la ordenación o reordenación urbanística de uso y destino del suelo, etc., en cuyos casos tales actos administrativos generales no pueden confundirse con los reglamentos propiamente dichos, puesto que se trata de aplicaciones de la propia ley mediante actos administrativos, aunque no necesariamente individuales, en razón de que el objeto mismo del acto administrativo por razón de sus efectos, exige que el destinatario sea indeterminado. Así, adicionales ejemplos se encuentran en las leyes reglamentarias para el aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público de la Federación o tratándose de todas las leyes relativas al Régimen de Concesión para la Prestación de Servicios Públicos en que la autoridad administrativa competente fija mediante actos administrativos generales (sin tener el carácter de reglamentos) tarifas, rutas, modalidades en la prestación del servicio público o en la explotación del bien del dominio público y demás regulaciones que impone el propio régimen de concesión; en estos casos, como en los anteriores, se trata de actos de aplicación de la ley mediante el ejercicio de la *facultad discrecional* que la ley confiere al órgano administrativo; por su naturaleza el acto es general pues resultaría absurdo

que al fijar la autoridad una tarifa a los concesionarios, por ejemplo, hubiere necesidad de dictar actos administrativos individuales para cada uno de los concesionarios existentes en ese momento, bastando para ello el acto administrativo general dirigido a todos los destinatarios de tal tarifa.

En estos casos claramente se advierte que los actos administrativos no innovan o crean un régimen normativo complementario e integrador de la ley, sino constituye una auténtica aplicación de la misma, con la única salvedad, que coincide con el reglamento, en que los destinatarios de tales actos son indeterminados.

NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LOS IMPRESOS JURÍDICOS NOVOHISPANOS

Alejandro MAYAGOITIA

SUMARIO: I. *El derecho en la Nueva España.* II. *El libro jurídico, las imprentas y la sociedad.* III. *Hacia una tipología del libro jurídico impreso en la Nueva España.* IV. *Conclusiones.*

I. EL DERECHO EN LA NUEVA ESPAÑA

Es frecuente entre quienes nos dedicamos a una parcela concreta del saber histórico esperar de nuestros lectores o escuchas que estén al tanto de la información preliminar indispensable para un mejor manejo de nuestras ideas, pero como en la realidad esta presunción es vana —no por defecto del público, sino por distracción o pedantería nuestra— creemos que es necesario exponer muy ligeramente cuál fue la evolución del derecho novohispano y recomendar bibliografía accesible.¹

¹ Entre los muchos manuales que existen creemos que el lector puede consultar con provecho, para la historia general del derecho: WIEACKER, Franz: *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Editorial Aguilar. Madrid, 1957 (especialmente las tres primeras partes en las que el autor aborda el nacimiento y la difusión del derecho común, y el desarrollo del racionalismo jurídico; existe una segunda edición alemana que no ha sido traducida al castellano, apareció en 1967); MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans: *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Bosch, S. A. Barcelona, 1980 (especialmente los tres primeros capítulos); CLAVERO, Bartolomé: *Temas de historia del derecho: derecho común*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1979 (con un enfoque hacia el desarrollo del "ius commune" en España); GIBERT, Rafael: *Elementos formativos del derecho en Europa. Germánico, romano, canónico*. Imprenta de Francisco Román. Granada, 1975 (con muchas referencias a España); para la historia del derecho español: GIBERT, Rafael: *Ciencia jurídica española*. Imprenta de Francisco Román. Granada, 1983; GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Manual de historia del derecho español*. Edición del autor. Madrid, 1984 (dos volúmenes, el primero contiene la exposición de la evolución histórica del derecho en España y, el segundo, una interesante colección documental); GIBERT, Rafael: *Historia general del derecho español*. Edición del autor. Madrid, 1981; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia del derecho español*. Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1983; para la evolución e investigación del derecho indiano:

El derecho impuesto en el Nuevo Mundo a partir del descubrimiento fue el castellano, pero de éste se distinguió muy pronto el indiano. No se trató de una mera diferenciación geográfica, es decir, el derecho indiano no fue el sistema normativo castellano aplicado en Indias.² Lo que sucedió fue que a los problemas indianos, nuevos y mucho más complejos que los peninsulares, se les aplicaron principios jurídicos que, si bien fueron extraídos de la tradición castellana, adquirieron nuevos matices. La realidad indiana fue imponiendo la necesidad de un derecho propiamente indiano. Ahora bien, desde el punto de vista formal, el derecho indiano puede considerarse a partir de la realidad peninsular —normas dictadas desde Castilla para las Indias— o de la indiana —derecho creado por las autoridades castellanas en América para América—. En ambos casos la mayor meticulosidad y casuismo, la nueva riqueza en los supuestos normativos, el espíritu paternalista y el profundo sentido religioso de las normas, entre otras peculiaridades, distinguió al derecho de Indias del Castellano.³ El desarrollo del derecho indiano de ninguna forma supuso la inaplicabilidad del castellano en América. En este sentido, la ley 2 del título 1o., libro II de la *Recopilación de la Leyes de Indias*:

Ordenamos y mandamos, que en todos los cafos, negocios y pleytos en que no eftuviere decidido, ni declarado lo que fe deve proveer por las leyes de ehta Recopilación, ó por Cedula, Provisiones, ó Ordenancas, y no revocadas para las Indias, y las que por nueftra orden fe depacharen, fe guarden las leyes de nueftra

OTS CAPDEQUI, J.M.: *El estado Español en las Indias*. F.C.E. México, 1941 (esta obra, tan conocida en nuestro medio, ha merecido varias reimpresiones); ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: *Apuntes para la historia del derecho en México*. Varias editoriales. México, 1937-1948 (de los cuatro volúmenes de esta primera edición véanse el segundo, tercero y el libro III del primero; existe una reedición reciente por la casa Porrúa); ALTAMIRA y CREVEA, Rafael: *Técnica de investigación en la historia del derecho indiano*. José Porrúa e Hijos. México, 1939; ALTAMIRA y CREVEA, Rafael: *Manual de investigación de la historia del derecho indiano*. Instituto Panamericano de Geografía e Historia. México, 1948; GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Metodología de la historia del derecho indiano*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970. Para una visión general de la evolución del derecho en México: GONZÁLEZ, María del Refugio: *Introducción al derecho mexicano. Historia del derecho mexicano*. UNAM. México, 1981; MARGADANT, Guillermo F.: *Introducción a la historia del derecho mexicano*. Editorial Esfinge, S. A. México, 1982.

² Cfr. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Metodología de la historia del derecho indiano*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970; pp. 18 y 19.

³ Cfr. OTS CAPDEQUI, J. M.: *El Estado Español en las Indias*. F.C.E. México, 1975; pp. 12-15. MARSAL y MARCE, José María: *Síntesis histórica del derecho español y del indiano*. Bibliográfica Colombiana. Bogotá, 1959; pp. 212-213.

Reyno de Castilla, conforme á la de Toro, afsi en quanto á la fuftancia, refolucion y decifion de los cafos, negocios y pleytos, como á la forma y orden de fuftanciar.⁴

Ahora bien, el orden de prelación del sistema normativo castellano no se detenía en las *Leyes de Toro* (promulgadas por Juana la Loca en 1505). Estas, en su ley 1a.⁵ remitían al *Ordenamiento de Alcalá* de Alfonso XI de 1348, donde se establecía que cuando un asunto no pudiera fallarse de acuerdo al texto del propio *Ordenamiento* se aplicaría el derecho foral correspondiente, que por falta de éste el *Fuero Real* de Alfonso X el Sabio y, por último, cuando en ninguno de los cuerpos jurídicos anteriores se encontrara la solución, debía de buscarse en *Las Siete Partidas*, generalmente atribuidas al mismo Alfonso X.⁶

Este orden de prelación se mantuvo vigente durante toda la Edad Moderna y sólo se agregaban las recopilaciones de normas castellanas que iban realizándose. Así, en la época de la *Recopilación de las Leyes de Indias* que acabamos de citar, se encontraba incluido en el sistema normativo castellano la *Nueva Recopilación* de derecho real de 1567; en 1805, se agregó la *Novísima Recopilación* de Carlos IV. Esta fue la estructura del sistema jurídico aplicable en Indias. Sólo restaría hacer algunas aclaraciones: primera, según la ley 4a. del título 1o. del libro II de la *Recopilación de las Leyes de Indias* se ordenó que

... las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para fu buen gobiernno y policia, y fus ufos y costumbres obfervadas y guardadas depues que fon chrisftianos, y que no fe encuentran con nueftra Sagrada Religion, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo fe guarden y executen, y siendo neceffario, por la prefente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuere nos fervido, y nos pareciere que conviene al fervicio de Dios nueftra Señor, y al nueftra, y á confervacion y policia Chriftiana de los

⁴ La edición que usamos de la *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias* (Madrid, 1681) es la facsimil de Ediciones Cultura Hispánica (Madrid, 1973).

⁵ El texto de las *Leyes de Toro* que usamos es el contenido en *Los códigos españoles concordados y anotados* (Imprenta de La Publicidad a cargo de M. Rivadeneyra, Madrid, 1848-1850), tomo VI, pp. 549 in fine. Para las ediciones antiguas véase la *Metodología* de GARCÍA-GALLO, p. 67.

⁶ TOMÁS Y VALIENTE, en su obra citada en la nota número uno (pp. 237-242), recoge la polémica alrededor de las *Partidas*.

naturales de aquellas Provincias, no perjudicando á lo que tienen hecho, ni á las buenas y juftas costumbres y Eftatutos fuyos".⁷

Así se sancionó legalmente el derecho prehispánico.

Segunda, no todo el derecho promulgado para Castilla estuvo vigente en Indias, ya que se necesitaba una disposición especial en este sentido (cédula real despachada a América por el Real y Supremo Consejo de Indias).⁸

Tercera, los derechos forales peninsulares nunca estuvieron vigentes en América, y tampoco aquí existieron; el absolutismo real de la Edad Moderna, por un lado, prácticamente aniquiló los fueros, y por el otro, nunca permitió su establecimiento en Indias. Poco más o menos lo mismo sucedió con el derecho señorial: aunque en Indias existieron algunos señoríos, éstos se encontraban severamente limitados y vigilados.⁹

Cuarta, debido a que, entre otras razones, las disposiciones contenidas en el sistema de prelación del derecho castellano e indiano, se referían poco a materias de derecho privado y a que éste se encontraba tratado en *Las Siete Partidas*, no es de sorprenderse que a pesar de ser esta obra la última aplicable en Indias, hubiera tenido una amplia difusión y vigencia.¹⁰ Esta consideración es importante toda vez que vinculó a los juristas americanos a la rica tradición científica del derecho occidental, es decir, al "ius commune".¹¹ Es importante que hagamos una breve reflexión en torno al desarrollo de la ciencia jurí-

⁷ Existe muchísima bibliografía sobre derecho indígena pero, lamentablemente, poquísima sobre su supervivencia durante el virreinato.

⁸ Así la Ley 40 del título 10 del libro II de la *Recopilación*.

⁹ El más importante de estos señoríos era el marquesado del Valle de Oaxaca. Sobre la intervención absolutista en las corporaciones ciudadanas de la Nueva España véase MIRANDA, José: *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*. UNAM. México, 1952 (pp. 127-141). En cuanto al desarrollo del cabildo en Indias puede consultarse la obra clásica de BAYLE, Constantino: *Los cabildos seculares en la América Española*. Sapiencia, S. A. de Ediciones. Madrid, 1952.

¹⁰ Las *Partidas* sólo desaparecieron de la práctica jurídica con la codificación del derecho civil en el siglo XIX. Véase GONZÁLEZ, María del Refugio: *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*. UNAM. México, 1981 (especialmente la primera parte, "Apuntes para el estudio de la aplicación del derecho civil en México hasta la promulgación del Código Civil").

¹¹ El "ius commune" o derecho común fue practicado por juristas que recibieron diversas denominaciones: dictaminadores, postglosadores, etc. Integraban una escuela que suele recibir el nombre de "mos italicus". Desde luego, el derecho común nada tuvo que ver con el "common law" anglosajón.

dica en la Vieja y en la Nueva España. Castilla recibió al "ius commune" desde la baja Edad Media, y para el siglo XV, este derecho universitario y docto era la sustancia de toda verdadera ciencia jurídica. Debido a que su riqueza conceptual y técnica había sido una eficaz arma en contra de la dispersión jurídico-política que caracterizó a la alta Edad Media, no es de extrañarse que jugara un importantísimo papel en la consolidación del estado moderno y del absolutismo castellano. Y aunque para el siglo XVI este derecho común ya mostraba una profunda decadencia —la cual había motivado las duras críticas del humanismo jurídico o "mos gallicus"— en Castilla y otros reinos peninsulares se vivió dentro de un esplendor jurídico sin igual en la historia del derecho español: algunos de los más distinguidos representantes del "mos italicus" tardío se desarrollaron junto al resurgimiento de la escolástica con los famosos teólogos-juristas, y junto a una pequeña —y lamentablemente poco estudiada— corriente de humanistas del derecho.¹² El derecho común no era uno legislado, ni mucho menos uno consuetudinario, sino que se trataba de un sistema jurídico formulado —sobre las bases del derecho romano-justiniano y del canónico— por y en las universidades: un derecho de juristas. Estos, desde el punto de vista político, fueron los pilares de las grandes

¹² Sobre los teólogos-juristas existe una copiosa bibliografía; el lector interesado puede comenzar con ZAVALA, Silvio: *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. Editorial Porrúa. México, 1971; CARRO, Venancio: *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*. S.e. Salamanca, 1951; RAMOS, D. e aliter: *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La ética en la conquista de América*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1984; y GALLEGOS ROCAFULL, José M.: *El Hombre y el Mundo de los teólogos españoles de los siglos de oro*. Editorial Stylo. México, 1946. En cuanto a los humanistas pueden verse los capítulos correspondientes de las obras que recomendamos en la nota número 1. Para el "mos italicus" tardío también son útiles las obras enumeradas en la nota 1 (especialmente Tomás y Valiente), además es muy provechoso acudir a PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*. Universidad de Valencia. Valencia, 1978 (esta obra es, básicamente, el volumen dedicado a España de la importantísima colección, *Handbuch der Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte*, del "Max Planck Institut"; consúltese especialmente la segunda parte sobre "Colecciones de jurisprudencia y de dictámenes" de Scholtz) y MALAGÓN-BARCELÓ, Javier: *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, Biblioteca de México-Instituto Bibliográfico Mexicano. México, 1959 (este libro, además de una abundante Bibliografía, cuenta con una sistematización, por materia, de la doctrina jurídica).

burocracias desde fines de la baja Edad Media hasta el ocaso de la Moderna.¹³

Con la Ilustración llegaron a España las críticas racionalistas al sistema jurídico tradicional. El despotismo borbónico hizo suyas estas críticas y así colocó a España y a sus dominios de ultramar en la antecámara de las codificaciones modernas.¹⁴ Uno de los grandes representantes de esta renovación del derecho español fue Juan Francisco de Castro.

En sus *Discursos Críticos sobre leyes y sus intérpretes* (discursos 1o., 2o., y 3o., del libro II) criticó acremente la práctica del derecho romano, del canónico y del real, señalando sus deficiencias y enredos. Más adelante, (discurso 6o. del libro III, de los "abogados y jurisperitos") afirmó que

Si se hiciese reflexión sobre la estension enorme y disonancias de los tres cuerpos de Derecho, Romano, Canónico y Real, la necesidad de instruirse en ellos, la precisión de leer los volúmenes de los intérpretes y decisiones de los tribunales, distinguir entre sus diversas clases, y formar concepto entre sus diversas opiniones y adaptaciones al uso del país, que sin esto no se conseguía la ciencia necesaria para los empleos de justicia, pocos habría que quisiesen esponerse á tan molestas tareas. Se hallaría esta facultad desierta de profesores reusando un tan penoso trabajo, de que tarde se debe esperar justo fruto, con muchas contingencias de no llegar á estado de sazón; pero comunmente en esto no se piensa. Es la Jurisprudencia un género de viña, en cuyo confuso tropel de buenos y malos trabajadores, suele salir mas bien vendimiada por aquellos que menos la cultivaron.

¹³ Véanse a Tomás y Valiente (op. cit., pp. 194-200) y, para la función del jurista en la baja Edad Media, a ULLMANN, Walter: *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Editorial Ariel, Barcelona, 1983 (pp. 114, 115, 187, 188 y 203-211). Los juristas, gracias a su alianza con el poder real, alcanzaron privilegios importantes. Así, en las *Partidas* (ley VIII del título XXXI de la partida segunda) a los "maestros de Leyes" se les conceden honores de tipo señorial, inclusive "honrra de Condes" después "que ayan veinte años tenido Escuela de Leyes" (la edición que usamos es la de *Los códigos españoles concordados y anotados*. Tomo II, p. 557).

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ, María del Refugio: op. cit., pp. 65-83. El artículo 258 de la Constitución de Cádiz (1812) señalaba que: "El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Córtes" (*Constitución Política de la Monarquía Española*. Por D. Manuel Antonio VALDÉS, Impresor de Cámara de S. M. México, 1812; p. 33).

Después, Castro borda alrededor de las cualidades científicas necesarias para un abogado: conocimientos científicos, lógicos, metafísicos, históricos, teológicos y de otras ciencias.¹⁵ La modernidad de este curriculum es evidente; podemos afirmar que las críticas de Castro al derecho peninsular eran tanto más ciertas para el vigente en América. Este no sólo participaba de los defectos del sistema castellano —es decir, el enmañamiento entre los derechos romano, canónico y el real, principalmente— sino además, de las deficiencias inherentes a su propia sistemática. Tratándose del derecho indiano, después de la *Recopilación* de 1680, y tras fracasados intentos de continuarla, llegó a la segunda mitad del siglo XVIII en un estado francamente caótico: la dispersión de la legislación indiana emitida desde la Península es evidente para cualquier neófito en materia histórica.¹⁶

En estas circunstancias —de crítica racionalista al corpus del derecho tradicional y de desenfrenado absolutismo dieciochesco— se atacó la enseñanza y práctica del derecho común. Este fenómeno de ninguna manera supuso un cambio material en el contenido del sistema normativo, sino en su forma: el derecho de los juristas fue cediendo su lugar al derecho legislado por el rey.¹⁷

El ambiente en pro de la codificación del derecho, y debe recordarse que codificación era tanto como sistematización racional, no llegó a tener una expresión del todo consistente sino a partir de las cortes gaditanas, celebradas durante el ocaso del poder colonial español. Fue en el México independiente cuando, poco a poco, se superó el anárquico sistema heredado del virreinato.

¹⁵ CASTRO, Juan Francisco de: *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de Justicia*. Imprenta de E. Aguado, Madrid, 1829 (dos volúmenes). La cita es la de las pp. 263-264, pero recomendamos la lectura de todo el discurso (pp. 259-279). La primera edición de esta obra es de 1765.

¹⁶ Recomendamos sobre este punto los manuales de investigación y metodología del derecho indiano de ALTAMIRA y GARCÍA-GALLO que mencionamos en la nota número uno. Es curioso destacar que los mexicanos de la década de 1820-30 no parece ser que tuvieran una exacta idea de cuáles normas de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX (especialmente las gaditanas) estaban todavía vigentes. Así tenemos publicaciones de obras que a sus lectores contemporáneos no debieron de haber infundido mucha seguridad (v. gr. la *Colección de los decretos y órdenes de las Cortes de España que se reputan vigentes en la República de los Estados- Unidos Mexicanos*. Imprenta de Galván. México, 1829).

¹⁷ CLAVERO, en las pp. 215-238 de su obra citada en la nota número uno, trae una buena exposición sobre el particular.

Los juristas novohispanos —inmersos en la tradición jurídica castellana y en la compleja realidad indiana— se encontraron vinculados, desde sus envidiables posiciones burocráticas, a la concepción absolutista del poder inherente al derecho real de la Edad Moderna. Y también lo estaban, desde la práctica forense y las cátedras universitarias, a la tradición científica del "ius commune". Pero ante todo se hallaban íntimamente ligados a un saber impreso, libresco... fueron letrados. Es obvio destacar, entonces, la importancia de la relación que existió entre la ciencia jurídica novohispana y las imprentas.

II. EL LIBRO JURÍDICO, LAS IMPRENTAS Y LA SOCIEDAD

Es fácil para aquéllos que se encuentran entregados a las lides bibliográficas abstraer a la obra impresa de las circunstancias sociales que motivaron no sólo que se escribiera sino, más aún, que se imprimiera. La bibliografía puede, pues, convertirse en un estudio, ciertamente erudito y útil, pero que en ocasiones hace preterir los procesos culturales en que se inserta la obra impresa. Por ello creemos que es importante recalcar el hecho, de todos conocido pero por algunos olvidado, de que el libro es un artículo venal: una "res in commercio". El impresor, además de poder ser un erudito, un artista o un héroe de la cultura, es ante todo, en sus particulares circunstancias, un hombre de empresa que en muchísimas ocasiones se sostiene exclusivamente de tirar pliegos en una imprenta no siempre bien habilitada.

Por estas circunstancias el impresor responde a las necesidades de un mercado y éste no es comparable a otros. Si bien el maíz era un artículo de consumo generalizado durante el virreinato, el libro por supuesto que no. Esta consideración nos conduce a referirnos, por un lado, a los lectores de los libros y, por otro, a sus autores. Por tanto, para ligar a la obra impresa con la sociedad que la produjo y la recibió, es decir, para entender su génesis y su repercusión, es indispensable hacer unas cuantas reflexiones.

Nos encontramos, al hablar de la Nueva España, frente a una sociedad en donde la lectura y la escritura son dos operaciones distintas; hoy en día no podemos dejar de asociar la una con la otra, pero en el virreinato parece que no fue infrecuente que se leyera sin que se supiera escribir. Un estudio reciente ha puntualizado el hecho de que en la evangelización de los indígenas, durante el siglo XVI, se

procedía disociando ambas operaciones.¹⁸ Por otra parte, entre españoles, criollos, mestizos y castas no se puede asegurar en este momento cuál fuera el estado de la cuestión. Pero seguramente no todos sabrían leer y/o escribir, y creo que ciertamente sólo eran una minoría los que dominaban ambas operaciones o sólo una de ellas. También debe tomarse en cuenta que la sociedad letrada parece haber sido más bien urbana que rural, y esta consideración en verdad es importante en orden al problema que tratamos. A lo anterior debemos agregar que en la sociedad letrada urbana y lo que de ella hubiera existido en el medio rural ciertamente no todos los que leían tenían acceso, simplemente por razón de su capacidad cultural personal, a todas las producciones tipográficas. Es decir, quien tenía la capacidad intelectual y cultural para leer una novena o un ejercicio piadoso, no necesariamente la tenía para abordar las complicaciones de la lectura de la *Recognitio summularum* de fray Alonso de la Veracruz; puede ser que el problema en este ejemplo no fuera de capacidad cultural —v. gr. desconocimiento del latín— sino que fuera de simple falta de interés. Hoy en día, quienes nos dedicamos a la cátedra, sabemos perfectamente bien que el analfabetismo funcional es un fenómeno alarmante, no es difícil suponer que entre los analfabetas, funcionales o no, se encontrara un gran porcentaje de la población del México virreinal. Mientras estudios posteriores no proporcionen una visión más o menos de conjunto sobre este espinoso problema, creemos que es válido partir de estas suposiciones en orden a establecer una primera limitación al mercado del libro.

Por tanto, también, a la producción tipográfica. Otra limitación fue, evidentemente, la de recursos para la adquisición de un artículo muy costoso. De hecho, más que en España: recuérdese que el papel no

¹⁸ TANCK DE ESTRADA, Dorothy: "La enseñanza de la lectura y de la escritura en la Nueva España, 1700-1821", en *Historia de la lectura en México*. El Colegio de México y Ediciones del Ermitaño. México, 1988; p. 49. En la misma obra el estudio de GONZALBO, Pilar: "La lectura de evangelización en la Nueva España", resulta muy provechoso. Para la situación de la lectura en España: CHEVALIER, Maxime: *Lectura y lectores en la España del siglo XVI y XVII*. Ediciones Turner. Madrid, 1976 (en la p. 14 afirma que "En el estado actual de nuestros conocimientos, parece razonable afirmar que la casi totalidad de los aldeanos y del proletariado urbano por una parte, importante fracción de los artesanos por otra, quedan al margen de la civilización de la escritura"; las pp. 13 a 69 son muy recomendables para los asuntos metodológicos, nosotros las hemos usado mucho). Los clásicos ilustrados siempre son interesantes y recomendables, especialmente en puntos sobre la educación (Jovellanos, Campomanes, etc.).

siempre era abundante, que las imprentas, y a veces sus operarios, se traían de Europa, y otras circunstancias de este talante, de las cuales la menor, desde luego, no era el hecho de que el impresor podía no sólo vender los libros que producía, sino que también otros que importaba con grandes esfuerzos y erogaciones.¹⁹ Creemos que no es necesario hacer demasiado hincapié sobre la poco desahogada situación financiera de una buena parte de la población novohispana; además, eí haber sido por circunstancias personales miembro del mercado potencial de adquirientes de libros, no llevaba necesariamente consigo el disponer del dinero suficiente para efectivamente comprarlos. Tam-

¹⁹ Sólo algunos datos sueltos sobre papel y costos. Los números de *El Despertador Americano* de Maldonado (1810), que sólo eran unas cuantas hojas de poca calidad, se vendían a 25 centavos y se tiraban 2000 ejemplares cada semana; de *El telégrafo de Guadalajara* (1811-1813) no se vendían más de 500 pliegos al alto precio de dos reales cada uno (IGUÍNIZ, Juan B.: *Disquisiciones bibliográficas. Autores-libros-bibliotecas-artes gráficas*. El Colegio de México. México, 1943; nota 6, p. 39 y p. 42, respectivamente). En un contrato de aprendizaje celebrado por Juan Blanco de Alcázar, impresor poblano, en enero de 1642, consta que el dicho Alcázar por tres años, además de enseñar el oficio al aprendiz, debía pagarle "lo que un oficial que lo acava de deprender suele ganar y le a de tener en su casa y hazerle buen tratamiento, darle de comer ropa limpia curarlo en sus enfermedades con medico y botica y proveerlo del bestido y calzado necesario" (esto no incluye, desde luego, lo que Alcázar debía dar al concluir el aprendizaje). El también impresor poblano, Diego Fernández de León, pagó 2000 pesos por una imprenta de segunda en 1682, y parece que después el negocio no funcionó muy bien, por lo que tuvo que encargar, en 1692, una imprenta nueva a Amberes... le costó 9000 pesos. El privilegio para imprimir "los actos, conclusiones, y papeles de combite, para entierros y demás funciones que se ofrecen a la expresada Ciudad de Puebla" le costó a Manuela Cerezo, viuda del impresor Miguel de Ortega y Bonilla, 110 pesos por un quinquenio; se le otorgó, entre otras razones, "en atención a ser el único medio para mantener su dilatada familia" (ésto sucedió a principios de los 1720... menos de veinte años después 250 convites costaban, en la misma ciudad de Puebla, ocho pesos) (cfr. PÉREZ SALAZAR, FRANCISCO: *Los impresores de la Puebla en la época colonial. Dos familias de impresores mexicanos del siglo XVII*. Secretaría de Cultura del Gobierno del Estado de Puebla. Puebla, 1987; los datos los hemos extraído de "Los impresores de Puebla en la época colonial", pp. 9-10, 33-34, 38, 59-60 y 63). Para costos de papel en el siglo XVI véase FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, FRANCISCO (comp.): *Libros y libreros en el siglo XVI*. Archivo General de la Nación y FCE. México, 1982; pp. 136-137 (un escrito para cobrarle a Ocharte y una declaración de éste), pp. 232-233 (una información de Gerónimo López) y p. 235 (otro escrito del mismo López). Estos son unos cuantos datos de los que se pueden obtener sobre los costos de papel. El último testimonio es el del benemérito Beristáin. Para justificar la ausencia de obras voluminosas en su *Biblioteca Hispano-Americana Septentrional* decía que para su "...edición era necesario en la América todo el producto de una de sus minas. Tal es la carestía del papel y de la imprenta, única causa de la escasez de libros, y producciones literarias". Citamos de la primera edición (México, 1816-1821), p. XIII.

bién existía el factor de interés por parte de los compradores de la producción tipográfica. La gran abundancia de impresos devocionales y piadosos hace presumir que tenían mercado; sin embargo, para el simple lector de novenas podía ser que los *Elementa Recentioris Philosophiae* de Díaz de Gamarra, no ofrecieran el más mínimo interés, u ofreciéndolo, lo fuere mayor el de la novena —toda vez que para el católico la oración es un medio eficaz para salvar el alma— que el de de la obra cumbre de la filosofía moderna mexicana —que muy poco tiene que ver con cuestiones sobrenaturales—. En uno u otro caso, estamos frente a un interés subjetivo, cuyo estudio "a posteriori" es muy difícil y que limitaba al mercado de los impresores-libreros.

Los autores de libros suelen ser magníficos clientes de ellos; sin embargo, durante el virreinato, si consideramos la circunstancia de que muchos de ellos fueron eclesiásticos, hombres de toga, o académicos en los centros de enseñanza, las posibles compras de textos se veían limitadas principalmente por dos circunstancias: la existencia de bibliotecas eclesiásticas y académicas más o menos ricas, y el relativamente bajo nivel intelectual de muchas de las producciones tipográficas del vireinato. Ciertamente serían clientes de libros importados y, desde luego, de los diversos géneros de literatura ascética y de algunos libros que podríamos llamar cultos. Lamentablemente, los estudios sobre la formación y el contenido de las grandes bibliotecas novohispanas todavía no están en posición de arrojar resultados que permitan consideraciones generales.²⁰ El hecho de que los autores de las obras que

²⁰ Sobre la formación de nuestras bibliotecas existe abundante documentación en archivos europeos y mexicanos. Dentro de poco esperamos poder dar a conocer algunos inventarios y catálogos. Sin pretender agotar lo que sobre el tema se ha escrito daremos algunas referencias. TRENDS, Manuel B.: "Colegios y Universidades. La biblioteca de la Real y Pontificia Universidad de México" en *Boletín del Archivo General de la Nación*, t. XXV-4 (pp. 651-661), t. XXVI-1 (pp. 145-175), t. XXVI-2 (pp. 317-359), t. XXVI-3 (pp. 519-545), t. XXVI-4 (pp. 709-727), t. XXVII-2 (pp. 363-373). México, 1954-56. AGRAZ GARCÍA DE ALBA, Gabriel: "La primera biblioteca de la Real y Pontificia Universidad de México fue fundada por un jalisciense" en *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas*, números 16-17, (1979-80). UNAM-Biblioteca Nacional-Hemeroteca Nacional, México, 1986. MILLARES CARLO, Agustín: *Cuatro estudios biobibliográficos mexicanos*. FCE, México, 1986 (especialmente lo referente a la biblioteca de Cervantes de Salazar, pp. 67-107). GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO et aliter: *Documentos para la historia de la cultura en México. Una biblioteca del siglo XVII. Catálogo de libros expurgados a los jesuitas en el siglo XVIII*. Archivo General de la Nación-UNAM. México, 1947. MORENO, Roberto: *Ensayos de bibliografía mexicana. Autores, libros, imprenta, bibliotecas* (primera serie). UNAM. México, 1986 (especialmente lo que se refiere a la biblioteca de Antonio León y Gama, pp. 167-196). OSORIO ROMERO,

llegaran a la imprenta novohispana, por regla general, fueran miembros de una élite privilegiada, no sólo en el sentido económico, sino aún en el jurídico, no nos permite suponer que sus compras fueran lo suficientemente importantes para el sostenimiento desahogado de las imprentas. Creo que en este orden de ideas no podemos exagerar el valor histórico de los inventarios de los libreros e impresores que conocemos,²¹ ni tampoco la importancia de los privilegios para impresiones académicas.²² En ambos casos, es posible realizar solamente ciertas inferencias: primero, llega literatura culta a la Nueva España en cierta abundancia, luego, existe un mercado para ella, pero no sabemos cuál es la incidencia de las adquisiciones de ese mercado en la economía general del librero-impresor —y sólo en el caso de este *librero-impresor* ya que existían muchísimos que sólo eran libreros—; segundo, el gozar de privilegios universitarios para la impresión de tesis no supone ni un mercado extenso culto ni podemos, como en el caso de los libros importados, saber cuál fue su impacto en la economía del impresor.

El ligerísimo esbozo anterior ciertamente no nos lleva a creer en la existencia de un amplio mercado para las producciones tipográficas virreinales o europeas en la Nueva España y si queremos referirnos a la literatura jurídica en concreto, la situación aparece aún peor. Creemos que son seis las circunstancias que agravaron la situación de los libros de derecho:

1. La literatura jurídica culta en la Nueva España, al igual que en todos los países donde tuvo vigencia el "ius commune", se encontraba escrita en latín. Ahora bien, aun tratándose de un latín bastante macarrónico, seguía siendo un idioma culto que era necesario conocer aunque fuera superficialmente para acercarse a la lectura del derecho científico y universitario. Si bien las imprentas virreinales no produ-

Ignacio. *Historia de las bibliotecas novohispanas*, México, SEP-Dirección General de Bibliotecas, 1986. Se publica con autorización de la directora de la obra conmemorativa de los 450 años de la Imprenta en México.

²¹ Algunos muy interesantes publicados en *Boletín del Archivo General de la Nación*, t. X-4. México, 1939 (número dedicado al IV Centenario de la imprenta en México).

²² Sobre un privilegio para la impresión de conclusiones académicas véase la nota 19. Nótese que la imprenta gozaba del privilegio, entre otras razones —era la única establecida en Puebla—, porque era una forma para sostener a la familia de la propietaria. Pero, por supuesto, no era su única fuente de ingresos; además, el privilegio no sólo contenía la exclusiva para la impresión de conclusiones, sino que comprendía también la de los convites.

jeron una gran cantidad de obras de este tipo, por otro lado, sí se importaron muchas del Viejo Continente.²³

2. En general, la literatura jurídica, estuviera escrita en latín o en romance, se encontraba dirigida a un público que se esperaba entendiera el contenido de las obras. Este público era una élite interesada que estaba frente a una mayoría, donde probablemente hubieran hombres cultos, pero desinteresada en el derecho.

3. El grado de científicidad del derecho enseñado y practicado en la Nueva España, aun cuando se apoyase en obras escritas en castellano (aparecidas en el siglo XVIII ante el creciente interés por estudiar el derecho real), fue ciertamente otro factor que restringió al mercado del libro jurídico. Hay que tener cuidado con el manejo de la científicidad de la literatura jurídica, porque también la decadencia del "ius commune" enseñado durante los siglos XVII y XVIII trajo como consecuencia que los manuscritos salidos de los cursos universitarios nunca merecieran ver la luz pública.²⁴ Ello no sólo fue por ausencia de calidad, sino porque también su circulación se encontraba restringida a un pequeño grupo de estudiantes que se limitaba a tomar las notas que el profesor dictaba. Si comparamos el contenido de la mayoría de los cursos manuscritos del siglo XVII entre sí, que se conservan en la Biblioteca Nacional,²⁵ encontraremos pocas variantes; y entre los siglos XVII y los de aproximadamente la primera mitad del siglo XVIII, sucederá poco más o menos lo mismo.

4. De lo apuntado anteriormente se deduce que junto a la literatura jurídica culta, generalmente en latín, aunque en ocasiones también en castellano, existía literatura jurídica indocta. Esta tenía un cierto grado de científicidad pero no el suficiente para hacerla inaccesible al bachiller de mediana instrucción; su público se encontraba restringido a

²³ Además de los inventarios que mencionamos en la nota 21, puede verse la obra de MALAGÓN-BARCELÓ (ver la nota 12). El trabajo se realizó con este tipo de documentación, y trae una memoria de impresor del siglo XVII como primer apéndice.

²⁴ También sucedió que algunas obras doctas, no sólo jurídicas, se enviaron a Europa para su impresión. Por ejemplo, las obras del matemático Pedro ALARCÓN (cfr. la *Biblioteca* de Beristáin, p. 38 del tomo I de nuestra edición) o la famosa *Lógica Mexicana* del P. Antonio Rubio. Por otro lado, algunos manuscritos que ya estaban dispuestos para la imprenta, por diversas circunstancias, nunca llegaron a ver luz pública.

²⁵ Véase YHMOFF CABRERA, Jesús: *Catálogo de obras manuscritas en latín de la Biblioteca Nacional de México*. UNAM. México, 1975 (trae índices por materia muy útiles).

escribanos, notarios, abogados prácticos y a otros que ejercían de alguna manera el derecho o tenían que ver por virtud de su ocupación con asuntos jurídicos —piénsese, v. gr., en el regidor de un ayuntamiento o en el administrador de una importante cofradía urbana—.

5. Un grupo muy nutrido de impresos novohispanos es el formado por lo que podríamos llamar literatura jurídica circunstancial. Y aunque no es este el lugar para hablar de la tipología de las obras que sobre derecho vieron la luz pública en la Nueva España, ciertamente por su enorme abundancia podría suponerse que su producción era una fuente importante de ingresos para los impresores y que tuvieron una gran circulación y repercusión social. Sin embargo, parece ser que la realidad fue otra, ya que estos impresos trataban generalmente sobre litigios que, en principio, sólo interesaban a las partes contendientes, a los jueces y al núcleo de los allegados a los abogados patronos. Aun tratándose de conflictos jurídicos de gran envergadura —por ejemplo los palafoxianos— donde alrededor de las partes contendientes se desarrolló una toma de postura por parte de grupos más o menos amplios de la sociedad, parece poco probable que estos grupos estuvieran interesados en la compleja y detallada argumentación jurídica que estos alegatos solían contener. Recuérdese que la existencia de la opinión pública no es un fenómeno propiamente virreinal, sino que nace en el siglo XIX, precisamente en el ocaso del virreinato. Cuando apareció, por tanto, alrededor de un conflicto de tipo jurídico una repercusión social de ciertas dimensiones, ello se debió principalmente a cuestiones de tipo religiosas: así en el conflicto entre el arzobispo Pérez de la Serna y el virrey Gelves,²⁶ o en el de Palafox con los jesuitas en Puebla,²⁷ o el del mismo obispo con los franciscanos de

²⁶ Sobre el conflicto Pérez de la Serna-Gelves el lector puede acudir a: ISRAEL, J. I.: *Razas, clases sociales y vida política en el México colonial (1610-1670)*. FCE. México, 1980 (pp. 139-180); y, GARCÍA, Genaro: *Tumultos y rebeliones acaecidos en México*. Secretaría de la Reforma Agraria y Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México, México, 1981 (especialmente la relación de Gerónimo de Sandoval, pp. 9-26). Desde luego hay mucha más bibliografía accesible a cualquier curioso.

²⁷ Sobre Palafox en general: ARTEAGA, Sor Cristina de la Cruz de: *Una mitra sobre dos Mundos. La del Venerable Don Juan de Palafox y Mendoza*. Artes Gráficas Salesianas, S.A. Sevilla, 1985; GARCÍA, Genaro: *Don Juan de Palafox y Mendoza. Obispo de Puebla y Osma. Visitador y Virrey de la Nueva España*. Librería de Bouret. México, 1918; GÓNZÁLEZ ROSENDE, Antonio: *Vida del Ilustrísimo y Excelentísimo señor don Juan de Palafox y Mendoza*. Imprenta de Gabriel Ramírez. Madrid, 1762; PALAFOX Y MENDOZA, Juan de: *Obras del ilustrísimo excelentísimo y venerable Siervo de Dios...* Imprenta de Gabriel Ramírez. Madrid, 1762 (son 12 tomos en folio en 14 volúmenes); CARREÑO, Alberto María: *Cedulario de los siglos*

Tlaxcala.²⁸ Fue la fulminación de censuras eclesiásticas lo que causó las conmociones populares o el desasosiego entre algunos grupos sociales. Entonces, la literatura jurídica circunstancial, por regla general docta, no gozaba de un amplio grupo de lectores; al fin y al cabo se trataba de opúsculos destinados a producir convicción en los jueces que fallaban asuntos cuya envergadura justificaba un gasto como el de imprimir alguna pieza judicial, obra del abogado patrono, o a pedir "consilia" a famosos y prestigiados catedráticos universitarios.

6. Una señal bastante clara respecto al éxito, cuando menos crematístico, de un impreso es el número de sus ejemplares y ediciones. En el caso de la literatura jurídica novohispana ambos son sumamente escasos. Es curioso, pero este hecho también se da en el caso de la literatura filosófica, y en menor medida, en la devocional. En el caso de este último género la razón no estriba en el poco éxito de las obras sino, quizás, en la multiplicidad de opciones que el comprador tenía.²⁹

III. HACIA UNA TIPOLOGÍA DEL LIBRO JURÍDICO IMPRESO EN LA NUEVA ESPAÑA

Muchas obras jurídicas circularon en la Nueva España en impresiones europeas: españolas, francesas, italianas y flamencas, sobre todo.³⁰

XVI y XVII. *El obispo don Juan de Palafox y Mendoza y el conflicto con la Compañía de Jesús de Nueva España*, Institutum Historicum S. J. Roma, 1956-1960 (esta es la edición adornada con las espléndidas notas de los PP. Burrus y Zubillaga, de sus cuatro tomos, el más interesante en orden a la controversia palafoxiana es el tercero).

²⁸ Sobre este conflicto, además de la bibliografía palafoxiana mencionada en la nota anterior, pueden verse los ricos alegatos del P. Fr. Francisco de Ayeta. Especialmente el *Crisol de la verdad manifestada* (Madrid, 16...).

²⁹ Una obra que gozó del beneficio de la reimpresión fue la *Práctica de testamentos*, del P. Murillo Velarde (1765 y 1790). Nótese que se trata de una obra de literatura jurídica práctica, por tanto, su reimpresión tenía más sentido que la de una obra docta; por ejemplo, las *Institutiones, sive epitome univérſi iuris civilis, carminae latino donatum in gratiam tironum, qui iuri vacant* (en la imprenta de José Bernardo de Hogal, México, 1732). Esta obra de José de Ribera Bernárdez, conde de Santiago de la Laguna, además de tratar sobre puntos de derecho civil, está escrita en versos latinos. En el caso de la literatura filosófica basta recordar que las obras de Fr. Alonso nunca merecieron reimprimirse en México y los *Elementa recentioris philosophiae* de Gamarra, de plano, no volvieron a ver la luz pública.

³⁰ Según SCHOLZ la abundancia de lugares de impresión no siempre equivalía a una gran difusión de la obra, ya que podían escogerse diversas plazas a partir de consideraciones puramente financieras (PÉREZ MARTÍNEZ, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: op. cit., p. 288). Por eso debemos tener cuidado al analizar las obras novohispanas que se imprimieron o reimprimieron en Europa (por ejem-

A pesar de su gran número y de su importancia técnica, éste no es el lugar para hablar de ellas. Baste recordar que abundaron y que, quizás, este hecho influyó junto con la decadencia general del derecho en el siglo XVII, para que en la Nueva España las producciones de la imprenta jurídica, por regla general, fueran de escasa calidad o que, cuando menos, no llegaran a ver la luz pública libros de gran envergadura.³¹ Un problema de costos también nos atañe aquí: la impresión europea parece haber sido más barata que la novohispana,³² y si consideramos este hecho en relación con la extensión de algunas de las obras importantes de los juristas, es fácil deducir que, dadas las condiciones de mercado, resultaba más ventajoso importar los libros que imprimirlos aquí.

No pretendemos en este momento realizar una tipología precisa de las obras en la Nueva España³³ ya que, además de que rebasaría por mucho las limitaciones naturales de este trabajo, supondría un análisis meticuloso de una cantidad de libros suficiente que nos permitiera llegar a conclusiones generales.³⁴ Ahora sólo intentaremos una clasificación más o menos aceptable en orden a permitir la elaboración de bibliografías por género para facilitar el estudio, individualizado y pormenorizado, del impreso jurídico novohispano.

plo, el *Discurso político-histórico jurídico del derecho y repartimiento de presas de Montemayor de Cuenca, que se reimprimió en Amberes en 1683 y 1688*).

³¹ En los libros de derecho, aunque el tamaño folio es frecuente, el número de volúmenes suele ser reducido. Una excepción son las *Elucidaciones* de Magro y Beleña (cuatro volúmenes en cuarto con texto, sin preliminares, de 379 pp., 826 pp., 534 pp. y 458 pp., respectivamente; impresas por Zúñiga y Ontiveros, México, 1787-88). La descripción exacta de esta obra se encuentra en la ficha 7699 de la *Imprenta en México* de MEDINA (a la cual nos referiremos de ahora en adelante como IM, nos excusamos de dar la ficha por ser obra tan conocida).

³² Remitimos a la cita de BERISTÁIN que se encuentra en la nota 19.

³³ Para sistematizaciones bibliográficas referentes al derecho indiano véanse las metodologías y los manuales de investigación citados en la nota 1. También en PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ Johannes-Michael: op. cit., pp. 60-97 y 301-334.

³⁴ Tenemos varios años de trabajo por delante para lograr la tipología, especialmente si se toma en cuenta el hecho de que, según nuestras investigaciones, la bibliografía jurídica novohispana cuenta con unas 3,500 fichas (entre obras producidas en México y en Europa). Desde luego, esta cantidad no incluye los manuscritos.

A) Derecho Secular³⁵

1. Legislación

Nos referimos a un muy amplio grupo de impresos cuyo contenido es derecho real, municipal y corporativo expedido en Indias o desde España por las autoridades peninsulares o por las virreinales, según sea el caso.

En general podemos dividir las impresiones legislativas en dos grupos: las de normas singulares y las de colecciones. Las primeras —por cierto abundantísimas— podían adoptar diversas formas:³⁶ pragmáticas, reales cédulas, reales decretos, bandos, reglamentos, ordenanzas, autos acordados... Estas formas dependían de su contenido, categoría legal y, especialmente, de la autoridad o corporación que las emitía.³⁷ Las colecciones³⁵, en general, pueden ser privadas u oficiales

³⁵ Usamos el adjetivo secular en contraposición a eclesiástico. Pero, debido a la situación de la Iglesia en América durante el antiguo régimen, son frecuentes las normas que son formalmente seculares y materialmente canónicas. Por ello, cualquier estudio que se realice debe adoptar algún criterio para distinguir qué cosa es legislación secular y qué canónica. Creemos que es válido adoptar tanto una posición formal como una material. Sin embargo, la formal tiene la ventaja de que se considera únicamente cuál autoridad es la que emite la norma y se evitan los complejos problemas inherentes al estudio de las materias mixtas, es decir, temporales y espirituales, y también los tocantes a las espinosas relaciones Iglesia-Estado, cuyo tratamiento rebasaría los límites naturales de una bibliografía y tipología de la literatura jurídica. En todo caso, debe tenerse presente que las normas canónicas en Indias se emitan sujetas a la confirmación real, y que las dictadas desde Europa lo eran, cuando menos, con la anuencia real.

³⁶ Sobre estas formas legislativas véanse: PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: op. cit., pp. 60-64; MARTÍNEZ PEÑALOZA, María Teresa: *Vocabulario de términos en documentos históricos*. Archivo General de la Nación, México, 1980 (aparecen algunas formas legislativas); GARCÍA-GALLO, Alfonso: "La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI" en *Anuario de Historia del Derecho Español* (Primera serie), t. XXI-XXII-1. Madrid, 1951-52; ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael: *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*. UNAM. México, 1987. No todas las disposiciones se imprimían, por lo tanto, para un panorama general de las normas novohispanas es indispensable acudir a los diversos archivos y repertorios documentales. Para las normas impresas en España, además de la *Biblioteca Hispano-Americana (1493-1810)* del benemérito J. T. Medina, puede verse AYUSO, Faustino Gil: *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los Reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*. Patronato de la Biblioteca Nacional. Madrid, 1935.

³⁷ Además de las normas emanadas de las autoridades reales, las corporaciones gremiales y los cabildos emitían disposiciones. Existen muchísimos ejemplos... En aras de la brevedad no los citamos.

y, según su fin, recopilaciones o repertorios. La primera distinción se funda en que su elaboración hubiera sido oficiosamente o por encargo gubernamental, o también en que la colección después de haber sido realizada privadamente hubiera recibido sanción oficial. La segunda radica en que "El autor o autores de la recopilación, por iniciativa oficial o privada, se limitan a recoger el material legislativo que se consideraba entonces vigente, principalmente las normas territoriales emanadas del monarca o las asambleas legislativas"³⁸ y buscan "facilitar el conocimiento y el manejo de lo ya legislado" sin "dar una nueva regulación".³⁹ En cambio el repertorio era una obra destinada a saber qué norma debía de aplicarse a los casos concretos, por lo que solían ordenarse las materias alfabéticamente con las normas pertinentes a cada rubro.⁴⁰ En la Nueva España se imprimieron varias recopilaciones, algunas oficiales y otras privadas.⁴¹ No conocemos ningún repertorio.

En ocasiones las colecciones de normas se hacían sólo respecto a una materia concreta. Por su importancia es lamentable que no abundan.⁴²

En el siglo XVIII, debido al reformismo ilustrado y a los esfuerzos por racionalizar y centralizar al poder, se multiplicaron las disposiciones legislativas impresas hasta llegar a alcanzar proporciones nunca antes vistas. La legislación de tiempos de los Revillagigedo, Croix, Bucareli, Mayorga, etc. abarcó todas las materias y formas imaginables.⁴³

³⁸ Se refiere, entre otras, a las Cortes castellanas que eran reuniones estamentales heredadas de la alta Edad Media. Emitían ordenamientos de leyes. En América nunca hubo Cortes.

³⁹ PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: op. cit., pp. 11 y 12.

⁴⁰ PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: op. cit., p. 69.

⁴¹ Por ejemplo: las *Ordenanzas y compilación de leyes* hechas por Antonio de Mendoza (México, 1548), la *Colección de decretos* de Juan Francisco de Azcárate (México, 1820) y los *Sumarios de las cédulas, órdenes y provisiones reales* de Montemayor (México, 1678). Para las descripciones exactas véase la IM, fichas 15, 11858 y 1174, respectivamente.

⁴² Un ejemplo es la obra *Comisión, cédulas reales y arancel despachado para la fundación, administración y cobranza del derecho de la media anata*. La descripción exacta está en IM, ficha 3686.

⁴³ Por ejemplo, las que aparecen bajo el nombre del conde de Revillagigedo en el año de 1790 en la IM son 27 (fichas 7967 a 7993).

2. *Literatura científica*

El estudio de este grupo de obras ofrece ciertas peculiaridades. Si se quiere tomar en cuenta en él a los libros impresos aquí y en Europa, de novohispanos o personajes que estuvieron conectados a la Nueva España, aumenta notablemente su número y riqueza. No fue infrecuente que hombres ilustres publicaran obras científicas fuera de México, pero ahora no es el momento para referirnos a ellas.⁴⁴ En la Nueva España este género, si bien fue ampliamente cultivado, pocos fueron los frutos que de él se dieron a las prensas. Antes hemos dado alguna de las razones. Otro aspecto que hay que considerar es que dentro de la literatura científica encontramos textos en latín y en castellano. Los primeros se dirigían a un público, evidentemente, más docto que aquél al que se dirigían los segundos. Determinar las razones que motivaron tal situación no siempre es posible, pero en general creemos que es válido suponer que el autor pensara en el nivel profesional y académico de sus posibles lectores para decidirse por emplear la lengua latina o el romance. Así por ejemplo, las *Excubationes*⁴⁵ y el *Discurso político-histórico jurídico del derecho y repartimiento de presas*⁴⁶ de Francisco Montemayor de Cuenca. El primer libro es el único repertorio jurisprudencial impreso en la Nueva España que conocemos y, sin que podamos por el momento encuadrarlo en la tipología que de estas colecciones realizó Scholz,⁴⁷ es bastante claro que se dirigió a abogados y juristas que tenían que ver con asuntos relativos a la jurisdicción real. En cambio, el *Discurso* es una obra que,

⁴⁴ Sólo traeremos a colación tres casos: las *Additiones ad commentaria doctissimi Antonii Gometii in Leges Tauri* de Diego Gómez Cornejo (Salamanca, 1598; la obra contiene adiciones a los comentarios a las *Leyes de Toro* del celeberrimo jurista español Antonio Gómez, tío del autor; Gómez Cornejo fungió cinco años en la Audiencia de México); del mexicano Fr. Juan Zapata y Sandoval su *De iustitia distributiva* (Valladolid, 1609); y, Eusebio Ventura Beleña sus *Elucidationes ad quatuor libros Institutionum Imperatoris Justiniani opportune locupletate legibus, decisionibusque Juris Hispani a Doctore Domino Jacobo Magro...* (Madrid, 1792; la obra fue impresa por primera vez en México). Para las descripciones detalladas véanse las fichas 334, 555 y 5519, respectivamente, de la *Biblioteca Hispano-Americana* de Medina.

⁴⁵ Para la descripción completa de las *Excubationes* véase el número 976 de la IM.

⁴⁶ Su descripción en la ficha 854 de la IM; según Medina "es acaso el único trabajo sobre derecho de gentes publicado en América durante la dominación española" (IM: t. II, p. 340).

⁴⁷ PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: op. cit., pp. 301-316.

además de tratar abundantemente sobre algunos de los aspectos relevantes del derecho de gentes de la época, contiene información sobre la defensa de algún puerto antillano en contra de los ingleses, con todo y un plano grabado en cobre de la Española, Jamaica y otras islas; el interés para los militares y las autoridades indianas salta a la vista. Un caso similar al del *Discurso* y las *Excubationes* es el de la *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España* y las *Elucidationes ad quatuor libros Institutionum Imperatoris Justiniani*.⁴⁸

Es útil recordar que el castellano fue reivindicado como idioma nacional en el siglo XVIII y ello contribuyó a que muchas obras doctas de la época se escribieran utilizándolo.⁴⁹

Por último, es menester volver a anotar que la ciencia jurídica española circuló ampliamente en el virreinato en impresiones europeas y, por tanto, debe de evitarse la confusión con obras producidas por las prensas mexicanas.

3. Literatura práctica

Estas obras no carecen de un cierto nivel de científicidad, pero su público no era esencialmente el abogado docto y universitario. Recuérdese que el derecho que se enseñaba en las cátedras universitarias era el heredado de la tradición científica castellana, es decir, el "ius commune". Sólo hasta el siglo XVIII, y bien entrado éste, se buscó impartir materias cuyo contenido fuera el derecho real o patrio y, por influjo del racionalismo, el natural y de gentes. Bajo estas circunstancias es fácil entender que el letrado universitario no recibía instrucción práctica en las aulas. Y, por otra parte, debido a que para ejercer la abogacía bastaba con ser bachiller, tener cierto tiempo de práctica y examinarse en la Real Audiencia, muchos litigantes nunca pasaron

⁴⁸ De la *Recopilación sumaria* (México, 1781) existe una edición facsímil (UNAM, 1981) que es la que usamos. Sobre las *Elucidationes* véase la nota 44. Es importante señalar que las listas de suscriptores resultan muy útiles en orden a descubrir el mercado de una obra. Un interesante estudio sobre las *Elucidationes*, y que ejemplifica el manejo de listas de suscriptores es el de ARENAL FENOCHIO, Jaime del: "Elucidationes, un libro jurídico mexicano del siglo XVIII", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 3, número 3 (1979), Escuela Libre de Derecho, México, 1979. Véanse especialmente las pp. 444-448.

⁴⁹ Véase GONZÁLEZ, María del Refugio: "El derecho y la literatura jurídica. Nueva España-México independiente" en *Cultura clásica y cultura mexicana. Conferencias*. UNAM. México, 1983 (especialmente las pp. 100-107).

por los grados superiores. También debe tomarse en cuenta el hecho de que ciertas materias jurídicas no habían alcanzado un grado de científicidad tal que hiciera que merecieran un estudio exhaustivo por parte de los juristas doctos. Este fue el caso del derecho mercantil. Además, muchas ocupaciones se conectaban con asuntos jurídicos en forma más o menos íntima, sin que por ello se exigiera una formación técnica especial de aquéllos que las ejercían. Así, por ejemplo, tenemos a los escribanos y algunos de los funcionarios municipales. Aunque en el caso de la literatura jurídica alrededor del notariado existieron algunas obras europeas importantes en latín, la gran mayoría lo estuvieron en castellano.⁵⁰ También algunas materias jurídicas, tales como las mercantiles y las sucesiones, tocaban íntimamente a la Teología Moral, y ello produjo que fueran abordadas con una preocupación más religiosa que técnica-jurídica.⁵¹ Por último, debemos mencionar bajo este rubro a los formularios, cartas poder y otros "machotes", todos desde luego, impresos en castellano.

4. Disertaciones de grado y de oposición

Se trata de un grupo muy numeroso de impresos que, por desgracia, se encuentra poco estudiado. Está compuesto por dos grandes secto-

⁵⁰ Sobre el tema de los escribanos: PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: *Historia de la escribanía en la Nueva España y el notariado en México*. UNAM. México, 1983; MORALES DÍAZ, Francisco de P., ICAZA DUFOR, Francisco de, y PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: *El notariado en México a partir de su codificación*. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. México, 1984 (especialmente "De los escribanos públicos en Nueva España" de Francisco de Icaza, pp. 36-112); y LUJÁN MUÑOZ, Jorge: *Los escribanos en las Indias Occidentales*. UNAM-Instituto de Estudios y Documentos Históricos, A. C. México, 1982. La mayoría de las obras latinas eran más bien procesales y no propiamente notariales. Para una bibliografía sobre fuentes del derecho notarial colonial, además de Malagón-Barceló (op. cit., pp. 73 y 74) puede verse la obra de Luján que acabamos de citar (pp. 83-90). La obra clásica novohispana sobre la escribanía es *Política de escrituras* de Nicolás de Irolo (México, 1605; véase IM, ficha 222); ha sido estudiada por Francisco de Icaza.

⁵¹ En materia mercantil la obra clásica del siglo XVI fue la *Suma de tratos y contratos* de Fr. Tomás de Mercado. Circuló ampliamente en ediciones peninsulares (Salamanca, 1569; Sevilla, 1571; Sevilla, 1587). En cuestiones sucesorias se contaba, por ejemplo, con la *Práctica de testamentos* del padre jesuita Murillo Velarde (Madrid, 1765; México, 1765; México, 1790) y la *Dificultad imaginada. Facilidad verdadera. En la práctica de testamentos* de José Sáenz de Escobar (México, 1714; Cádiz, 17... bajo el nombre de Juan Antonio Zurita). Para la descripción de las piezas que hemos mencionado véanse, respectivamente, la *Biblioteca Hispano-Americana* (fichas 206, 216, 311, 7959 y 7697) y la IM (fichas 5008, 7999 y 2391).

res. El primero se refiere a tesis para la obtención de grado académico (generalmente el de licenciado). Son documentos de desigual importancia ya que, en muchísimas ocasiones, sólo son hojas que contienen una breve referencia a los fragmentos de las obras sobre los cuáles se realizaba la argumentación del sustentante. Algunas veces, especialmente en el siglo XVIII, adquieren la forma de pequeños folletos y, entonces, ofrecen un cierto interés.⁵² Las tesis generalmente se imprimían en latín, aunque las había en castellano. Según Becerra López "Las conclusiones —se refiere a las sustentadas en la obtención del grado de licenciatura— debían imprimirse después de haber recibido el visto bueno del rector y del catedrático de Prima de su Facultad. Impresas, deberían pasarlas —los sustentantes— al decano de su Facultad".⁵³ Creemos que esto de la impresión de las tesis de licenciatura no se cumplía en muchos casos, toda vez que ni en el archivo ni en las diversas bibliografías aparecen las conclusiones de todos los licenciados de la Universidad, y tampoco parece ser probable que las faltantes sean todas extraviadas. Esperamos que futuras investigaciones propias o ajenas, arrojen más luz sobre este punto.

El segundo grupo de impresos al que se refiere este rubro es el compuesto por las disertaciones realizadas en orden a la obtención, especialmente, de cátedras y canongías. Su interés es muy escaso ya que no suelen, como en el caso de las tesis, incluir el discurso propiamente dicho del opositor.

5. *Literatura circunstancial*

Bajo este rubro incluimos un sinnúmero de piezas⁵⁴ que obedecen a un problema jurídico concreto, litigioso o prejudicial, o a polémicas

⁵² Por ser material muy conocido nos excusamos de dar ejemplos. Evidentemente las disertaciones académicas interesantes para este grupo de impresos son las de la facultad de Leyes, las sustentadas en la de Cánones pertenecen al rubro de derecho eclesiástico.

⁵³ BECERRA LÓPEZ, José Luis: *La organización de los estudios en la Nueva España*. S.e. México, 1963; p. 304. Para información sobre las tesis vale la pena tener a la vista a: FERNÁNDEZ DE RECAS, Guillermo S.: *Grados de licenciados, maestros y doctores de Artes, Leyes, Teología y todas las facultades de la Real y Pontificia Universidad de México*. Biblioteca Nacional de México-Instituto Bibliográfico Mexicano. México, 1963; MAZA, Francisco de la: *Las tesis impresas en la antigua Universidad de México*. UNAM. México, 1944; y los tomos 12 y 13 del *Catálogo de ilustraciones* elaborado por el Centro de Información Gráfica del Archivo General de la Nación (México, 1981).

⁵⁴ Según nuestras investigaciones actuales más o menos una tercera parte de todos los impresos, mexicanos o europeos, que contienen literatura jurídica referente

que trataron íntimamente aspectos de derecho. En cualquier caso, su razón de ser estriba en circunstancias más o menos efímeras: un litigio, el esclarecimiento de una norma, el establecimiento de una política legislativa. . . Son de gran importancia en orden a descubrir cuál fue el derecho vivo en la Nueva España, es decir, qué es lo que se alegaba, cuáles fueron los problemas que preocuparon más a la sociedad virreinal y cómo se solucionaron. Ya hemos mencionado algo sobre su mercado y su relación con los impresores. Al versar sobre prácticamente todas las materias imaginables, es muy difícil presentar aquí un resumen de su contenido o de sus formas, por tanto, sólo daremos algunas indicaciones generales. Su circulación, debido seguramente al pequeño número de ejemplares tirados, fue muy limitada. Generalmente se encuentran impresas en castellano.⁵⁵ Cuando versaban sobre materia litigiosa o prejudicial sus autores generalmente eran los abogados patronos. Existen también casos en que se rendían, generalmente a las partes, pero también a los jueces, dictámenes (llamados "consilia" en la práctica del "mos italicus" tardío). En cualquier caso se trataba de pleitos importantes. Los abogados "Demás los informes que hazen los Estrados, en los pleytos graves, y de calidad, que la parte que quiere informar por escripto, hazen Informaciones en derecho, imprimiendolas, y dandolas a los Juezes (esto se haze lo más común, después de visto el pleyto, en vista, o revista)".⁵⁶ Es fácil entender por qué los litigios tenían que ser "graves y de calidad": solamente éstos merecían llevar a cabo la erogación que suponía el imprimir los dictámenes y eran los que mayor prestigio daban a los abogados patronos. Distintos de los dictámenes o "consilia" fueron las alegaciones. Según Juan Francisco de Castro, cuando escribe sobre los juristas y su autoridad, los "consejos" eran las respuestas, fundamentadas jurídicamente, a un caso concreto y las "alegaciones" los razonamientos escritos de los abogados patronos de algún litigio que daban

a la Nueva España. Si consideramos su proporción en relación a las obras impresas exclusivamente en el Virreinato, quizás sea algo menos de la tercera parte.

⁵⁵ Las obras alrededor de las polémicas indianas son muy abundantes en la tipografía peninsular, en la novohispana casi me atrevo a decir que, bajo la forma de literatura circunstancial no existen. El *Speculum Coniugiorum* de Fr. Alonso (México, 1556) toca problemas alrededor de la polémica indiana pero, desde luego, no es literatura circunstancial.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE AYALA AULESTIA, Manuel y LUYANDO, Joseph de: *Práctica y formulario de la Real Chancillería de Valladolid*. Zaragoza, 1733 (capítulo XVII, folio 27 reverso; citado por PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael: *op. cit.*, pp. 325-326).

a la imprenta en beneficio de las nuevas generaciones.⁵⁷ No conocemos ninguna colección de este tipo de documentos impresa en la Nueva España. La extensión de estas piezas es variable, algunas veces son folletos de escasas páginas y otras verdaderos libros, y en cualquiera de los casos pretendían un nivel de científicidad y erudición muy elevado. Estas formas literarias fueron duramente criticadas en el siglo XVIII.⁵⁸ Ahora bien, cuando se trata de la literatura alrededor de las polémicas indianas y de las repercusiones de éstas en el suelo americano, su importancia es enorme y sus ideas filosóficas y jurídicas muy ricas.

Por último, en este grupo existen algunas obras sueltas, la minoría, que no son ni litigiosas ni parecen encajar en polémica alguna. Son contratos, capitulaciones de asientos, pareceres, informaciones de naturaleza distinta a las judiciales y memoriales que creemos no son de arbitrios.⁵⁹ Cualquier estudio sobre la literatura jurídica circunstancial surgida alrededor de cuestiones litigiosas no debe olvidar que las partes a veces imprimían documentos de carácter legislativo, que se relacionaban con el pleito. Así, por ejemplo, lo hicieron Palafox y los jesuitas en su famosa contienda.⁶⁰

⁵⁷ CASTRO, Juan Francisco de: op. cit., p. 213 del tomo primero.

⁵⁸ Según Juan Francisco de Castro "Estos dos modos de escribir —consejos y alegaciones— se reputan, y con razón, los más perniciosos; pues aunque muchos consejos sean los más sinceros, y muchas alegaciones sean del todo bien fundadas, no puede negarse que hay una gran multitud de estos escritos, en que más se descubre el ingenio del escritor que la solidez de los fundamentos de que usa; y es intolerable que los discursos animados de una larga remuneración, ó impelidos de otra pasión particular, sirvan para formar decisiones justas. Aunque, como dejo dicho, no sea aplicable esta proposición á todos los escritos de este orden, siempre se debe vivir con precaucion en su lectura" (pp. 213-214 del tomo I de sus citados *Discursos Críticos*).

⁵⁹ Por ejemplo la *Declaración de los puntos convenientes y necesarios para repartir con exactitud las rentas eclesiásticas en las catedrales de la Nueva España* de Pedro de Paz (México, 1621; en la *Biblioteca* de Beristáin, tomo II, pp. 459-460 de la edición de 1816; siguiendo a éste en la IM, ficha 335). También el *Parecer sobre el desagüe de las Lagunas de México* del Lic. Espinosa de la Plaza (en la IM, ficha 235 y en la *Biblioteca* de Beristáin, tomo I, p. 474 de la edición que venimos usando).

⁶⁰ Además del breve de Inocencio X tenemos, entre otras piezas, el testimonio del real auxilio otorgado a los jueces conservadores de los padres de la Sociedad de Jesús (para la descripción de la pieza: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: *La imprenta en México (1553-1820)*. 510 *Adiciones a la Obra de José Toribio Medina*. UNAM. México, 1952; ficha 181).

B) Derecho Canónico

A este grupo de obras pertenecen los impresos que contienen legislación, doctrina y jurisprudencia eclesiásticas. A él se le puede aplicar la misma sistemática que hemos utilizado en el derecho secular. Sin embargo, es necesario hacer algunas aclaraciones. En cuanto a la legislación canónica, independientemente de la confirmación real o de otras formas de injerencia de la autoridad temporal en materias eclesiásticas, el criterio que debe seguirse en la determinación de cuáles son los impresos referentes a la normatividad canónica es el de la autoridad que emite la disposición. Ahora bien, como es frecuente que eclesiásticos con facultades normativas sean a la vez funcionarios reales con iguales atribuciones (v. gr. Juan de Palafox y fray Payo Enríquez de Rivera) es necesario tener cuidado y analizar en ejercicio de qué potestad se emitió la norma y, a veces, su contenido. La forma que según el derecho canónico revisten las disposiciones es una guía para determinar la inclusión de sus ediciones en este rubro.⁶¹ En cuanto a la literatura práctica cabe señalar que los confesionarios —especialmente los del siglo XVI— y otras obras de este tipo suelen tener un rico contenido jurídico.

De las disertaciones de grado y de oposición son importantes las sustentadas en la facultad de Cánones y las de oposición a canongías y otras prebendas; a veces, las tesis de la facultad de Teología revisiten cierto interés cuando tratan asuntos relativos al Patronato, materias mixtas o relaciones Iglesia-Estado. En cuanto a la literatura circunstancial es necesario tener cuidado porque muchos pleitos o asuntos polémicos de índole canónica se ventilan ante autoridades temporales, y no por ello son seculares.

C) Literatura Extravagante

Bajo este rubro incluimos todas aquellas obras que conforme al estado que guarda la investigación hoy en día, no pueden ser adscritas

⁶¹ Una buena introducción al sistema jurídico que regía la Iglesia en Indias es la de BRUNO, Cayetano: *El derecho público de la Iglesia en Indias. Estudio histórico-jurídico*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Instituto "San Raimundo de Peñafort"). Salamanca, 1967. Hay, además, una muy copiosa bibliografía sobre el tema. Sobre impresos canónicos mexicanos existe VERA, Fortino Hipólito: *Escritores eclesiásticos de México o bibliografía histórica eclesiástica mexicana*. Amecameca, 1880.

a alguno de los grupos anteriores. Pero que, sin embargo, pueden resultar interesantes, y aun importantes, para la historia de la literatura jurídica impresa en la Nueva España. Memoriales de arbitrios, mucha de la literatura preliberal que circuló a partir de la libertad de imprenta a principios del siglo XIX, proyectos sobre flotas, planes políticos, etc. deben ser examinados con detalle para descubrir la existencia o no de una vinculación con el derecho novohispano. Un ejemplo de este tipo de obras es la de Diego García de Palacio llamada *Diálogos militares, de la formación e información de personas, instrumentos y cosas necesarias para el buen uso de la guerra*. Este libro, entre disquisiciones sobre la naturaleza y composición de la pólvora y el uso correcto de los arcabuces, desarrolla una teoría sobre el derecho de la guerra que, en la opinión de Luis García Arias, es la primera en América.⁶²

Por último, en este grupo se encuentra un conjunto más o menos interesante de obras referentes a filosofía política. Su estudio ha sido abordado por algunos autores.⁶³

IV. CONCLUSIONES

La alta Edad Media heredó al antiguo régimen una concepción del derecho en la que éste se entendía como privilegio. Es decir, el derecho servía para diferenciar a los hombres entre sí. Pero como éstos no eran nada por sí solos, su derecho era el de su corporación y el de su estamento. Así, la vida jurídica en el antiguo régimen tuvo como aspecto central el contrapunteo de privilegios. El absolutismo borbónico no pudo cambiar esta conceptualización del sistema normativo. . .

⁶² "La primera obra mexicana sobre Derecho de Guerra" en GARCÍA ARIAS, Luis: *Estudios de historia y doctrina del Derecho Internacional*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1964; pp. 131-152. Muchos autores describen los *Diálogos*, véase la IM, ficha 95 (por error 98).

⁶³ Especialmente MIRANDA, José: op. cit., pp. 50-94 (con bibliografía). Ejemplos de lo que hemos llamado literatura extravagante son: *Obligaciones del hombre*, obra anónima reimpressa en México (1808) por Anselmo del Río; *Plan de una Compañía de accionistas para fomentar con actividad el beneficio de las ricas minas de Sonora y Sinaloa y restablecer la pesquería de perlas en el Golfo de Californias* (México, 1771); y el más curioso e interesante, *Espejo de virtudes, taller de abogados y jueces y ejemplar aun de religiosos. Sermón predicado en las honras cabo de año del señor doctor don Joseph de Miranda Villayzán, del Consejo de S. M., doctor en Leyes, Catedrático de Instituta en la Real Universidad de México...* del P. Pedro de Ocampo (México, 1728). Para las descripciones de estas piezas véase la IM, fichas 10031, 5427 y 3013, respectivamente.

hubo que esperar a las codificaciones liberales del siglo XIX.⁶⁴ Ahora bien, los medios de expresión, tanto de los conflictos como de sus soluciones, en buena medida, fueron los libros jurídicos. En la Nueva España éstos nos muestran cuáles fueron las actitudes frente a los conflictos específicamente criollos. A través de sus páginas desfila, además de un rico caudal de ciencia jurídica, la vida de una sociedad atormentada por sus propios honores y dignidades y por su profunda desigualdad. Como el mismo derecho que fue la raíz de esta desgarrante situación pretendía ser la panacea que la solucionara —mediante la ciencia jurídica y el ejercicio sistemático del poder— no hubo remanso ni en las universidades ni en la seguridad de los sólidos puestos burocráticos. Como acabamos de decir, el libro jurídico recogió todo esto y, por ello, queda firme su enorme importancia.

Debe tenerse cuidado porque el libro sólo fue uno de los vehículos por los cuales se expresó el conflicto dentro de la sociedad virreinal. No debe pensarse que allí donde no lo hubo o donde no se leyó, tal conflicto no existió. . . simplemente se expresó a través de otros medios.

El estudio de los impresos jurídicos, científicos o no, latinos o castellanos, seculares o canónicos, se refiere en general a una élite lectora y autora. En el seno de ésta existieron niveles y jerarquías asociados más estrechamente a un tipo u otro de impreso.

Los impresores no podían vivir exclusivamente del libro jurídico. Y, probablemente, este fue uno de los géneros menos productivos para los establecimientos tipográficos. Cuando menos así parece por la extensión, número de ediciones y condiciones del mercado. Sólo en el siglo XVIII puede compararse el número de los impresos legislativos con el de los devocionales (género muy exitoso).

El derecho novohispano presenta un panorama sumamente rico para el investigador de nuestra herencia virreinal. El rescate de los materiales necesarios para su estudio debe comenzar, en nuestra opinión, por la elaboración de una bibliografía jurídica que incluya tanto obras impresas como manuscritas. Estas abundan, olvidadas, en nuestras bibliotecas públicas y privadas. Por desgracia, además de los obstáculos técnicos que se necesitan superar en orden a lograr esta bibliografía, hay que vencer la ignorancia y el prejuicio que demeritan el contenido de la literatura jurídica colonial. Los planes de estudio de algunas escuelas y facultades de derecho a duras penas incluyen la

⁶⁴ De la obra de TOMÁS Y VALIENTE mencionada en la nota 1, véase el capítulo VII, y, especialmente, la p. 136.

Historia del Derecho Mexicano como asignatura curricular. Por otra parte, el estudio del sistema jurídico virreinal no suele recibir importancia en muchas instituciones de estudios superiores no jurídicos. La bibliografía que proponemos no deberá ser un mero catálogo de obras más o menos interesantes o curiosas. Es de esperar que sirva para llevar a cabo una doble tarea de recuperación. Por un lado, la de la rica tradición del pensamiento jurídico novohispano. Por otro, los perfiles biográficos de tantos ilustres juristas que brillaron en la administración, en el foro y en las cátedras de la Nueva España.⁶⁵

⁶⁵ Poco sabemos sobre la vida de nuestros juristas coloniales; sólo personajes como Gamboa, Beleña, Velázquez de León, Palacios y algunos pocos más, han merecido ser estudiados. Existen algunas bibliografías jurídicas que contienen derecho novohispano, pero ninguna de ellas razonablemente completa: CRUZADO, Manuel: *Bibliografía jurídica mexicana*. Oficina Impresora de Estampillas. México, 1905 (trae muy poca información sobre derecho virreinal y ésta tomada sin más de Beristáin); VANCE, John T. y CLAGETT, Helen L.: *A guide to the Law and Legal Literature of Mexico*. The Library of Congress. Washington, 1945; otras, por limitaciones temáticas o cronológicas, incluyen poquísimas o ninguna obra colonial.

EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO

Salvador MIER Y TERÁN

SUMARIO: I. *Concepto de matrimonio.* II. *Protección a la familia.* III. *El concepto de familia.* IV. *Conexión entre familia y matrimonio.* V. *Defensa del matrimonio indisoluble.*

I. CONCEPTO DEL MATRIMONIO

La clasificación más importante de los hechos jurídicos voluntarios (actos jurídicos) es aquella que distingue los *actos jurídicos en sentido estricto* —cuyo efecto jurídico se produce *ex lege*, esto es, porque se hizo el acto—, de las *declaraciones de voluntad* —cuyo efecto se produce *ex voluntate*, esto es, porque se quiso el efecto—.

Estas son exteriorizaciones de un querer, conducta que el agente observa exactamente con la mira de que se produzca el efecto.

Es sabido que el Derecho común recibió de los textos romanos la idea de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico análogas a las leyes porque conserva, por decirlo de alguna manera, una *parcela* de soberanía capaz de crear Derecho: cuando hace testamento su voluntad es ley (arts. 1295, 1297 y 1344 del Código Civil para el D. F.) y cuando contrata, lo convenido es la ley del contrato: *pacta dant legem contratibus* (arts. 1796 y 1839 del Código Civil para el D. F.).

El instrumento creador de Derecho —fuente formal secundaria y subsidiaria del Derecho —a que nos referimos ahora es el *Negocio Jurídico* que es la manifestación de voluntad —como el testamento y el contrato— dirigida a obtener un fin práctico consistente en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídicamente relevante. El negocio jurídico se puede definir, en palabras de Federico de Castro, como “la declaración o acuerdo de voluntades en que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de especial tutela o situaciones que el Derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas”.

Asumiendo —también *ex arts.* 102 y ss. del Código Civil para el D. F.— que el matrimonio es un negocio jurídico, podemos formular el siguiente planteamiento para enfocar el objeto de lo que hoy nos ocupa:

Si bien es verdad que nuestro ordenamiento exige que “el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige” (art. 146 C. C. para el D. F.), es igualmente cierto que en nuestro medio muchas parejas concurren al Registro Civil pero con el deseo de contraer posteriormente matrimonio no sólo ante el ministro de su religión, sino, además, sujetándose a la normativa matrimonial de ésta.

Se hace necesario discernir con claridad cuál de los dos actos —aunque podría ocurrir que ninguno de los dos fuera— es realmente matrimonial, ya que, evidentemente, no pueden serlo ambos, porque nadie puede casarse con quien ya está casado.

Por mi parte entiendo que sólo será eficaz aquel consentimiento que produzca, entre ambos contrayentes, efectos *vinculantes*. Esto es, aquel pacto (causa) cuyo efecto (matrimonio) es una alianza o vínculo matrimonial cuestión que —a diferencia de otro tipo de uniones no matrimoniales—, comporta necesariamente ser fruto de una decisión *voluntaria*, libre; conlleva una *recíproca entrega real y plena* del uno al otro en todo lo que son en cuanto varón (su persona y su virilidad) y mujer (su persona y feminidad), de tal suerte que se convierten en coposeedores mutuos o esposos y, finalmente, porque esa entrega real y plena es comprometida de modo *exclusivo* (“uno con una”), *perpetuo* (“para siempre”) y abierta constitutivamente a la *fecundidad* y al *hogar necesario para ella* (procreación, educación de la prole, ayuda mutua y complemento de vida).

Este es el *verdadero* pacto matrimonial que, a su vez, es el único que produce el auténtico matrimonio.

Ahora bien, los contrayentes son libres de pactar o no de este modo pleno y completo, y puede ocurrir —y ocurre con cierta frecuencia— que no quieran asumir un pleno *compromiso* pleno, ya porque excluyan positivamente el ser uno del otro de modo *real*, queriendo, por ejemplo, vivir juntos pero sin darse y obligarse como esposos, ya porque excluyan expresamente *partes* de la entrega: la perpetuidad, la exclusividad, la fecundidad y la educación de la prole, o aquella dimensión de la mutua ayuda y de la comunidad de vida necesarias para la procreación y educación humana de los hijos y que están contenidas en el pleno

sentido de la indisolubilidad y de la unidad matrimoniales. En tal caso, esos contrayentes no hacen *el pacto matrimonial*. Pactan entre sí “algo” (un convivir juntos sin compromiso alguno de perpetuidad o de exclusividad; una unión sin apertura a ningún tipo de fecundidad, hogar o comunidad de vida y ayuda; una relación sexual con “cobertura legal”, etc.), pero ese “algo” no es, en sentido estricto, el matrimonio. Ese pacto podrá haberse realizado bajo la apariencia de “casamiento” legal: se habrá formulado quizás ante la ley civil o eclesiástica. Pero ese pacto, al tener como contenido otra clase de unión que la matrimonial, no origina el auténtico matrimonio. Habrá, sí, una *apariencia* de matrimonio, pero faltará la *realidad* del matrimonio.

Por ello, la exclusión expresa en el consentimiento matrimonial de cualquiera de los fines matrimoniales, de tal manera excluye la posibilidad de formar el vínculo, que el matrimonio debe de tenerse por inexistente. No se comprende, por tanto, la disposición del artículo 182 del Código Civil para el Distrito Federal que señala que “son nulos los pactos que los esposos hicieran contra las leyes o los naturales fines del matrimonio”, ya que, más bien sería de considerarse que son válidos esos pactos y nulo el matrimonio cuando es entendido en su auténtica significación.

Es, por tanto, profundamente equivocada la muy extendida convicción de que lo único que diferencia la simple unión de hecho entre hombre y mujer del matrimonio, reside en que éste último se ha celebrado con los requisitos de forma y formalidades prescritos por la legislación vigente y se ha inscrito en los registros oficiales, mientras que toda esa ceremonia legal ha faltado en el primer caso. En uno y otro supuesto, sin embargo, no habría diferencias substanciales. La única diferencia estaría en la celebración legal y en la correspondiente inscripción registral. El primer caso —la unión de hecho— quedaría fuera del Derecho por falta de su legal celebración; mientras el segundo sería “matrimonio” precisamente porque su celebración formal lo constituiría en realidad legal y oficial. El matrimonio, pues, sería la forma legal de “hacer las cosas” entre un hombre y una mujer; y las otras serían formas extralegales.

Formalismo y legalidad son hoy dos espesas cortinas de humo que dificultan extraordinariamente la percepción de la verdadera naturaleza de la alianza matrimonial o pacto conyugal. Importa mucho, pues, centrar el auténtico núcleo de lo que ahora nos interesa: el *sí* de los

contrayentes y olvidar por un instante el envoltorio de solemnidades, formas, ritos, costumbres o requisitos legales que "envuelven" ese "sí".

La cuestión es de capital importancia, porque en ella se juega la distinción entre realidad natural del matrimonio y apariencias legales, entre el ser matrimonio verdadero y el parecerlo con la ayuda de la legalidad.

Las formalidades burocráticas previas a la celebración del matrimonio; la forma estricta y las solemnidades que acompañan el momento preciso en que se contrae; la sensación de que al casarse y para casarse hay que "toparse" con el Derecho y pasar por lo que éste prescribe obligatoriamente, contribuyen poderosamente a crear la convicción —bastante extendida— de que el matrimonio es, *ante todo*, una realidad legal, una estructura prevista por la ley para legalizar las relaciones sexuales, un producto jurídico; algo, en suma, que se superpone, artificialmente, sobre la historia sentimental de los contrayentes convirtiéndola, por obra y gracia de la legislación, en "matrimonio".

El matrimonio, entonces, tiende a oscurecerse como realidad interpersonal y natural entre los contrayentes, para asimilarse a una realidad legal, formalista y burocrática. Cuando esto ocurre, se ha perdido el sentido más real y más natural del verdadero matrimonio. Se confunde al "matrimonio" con la "burocracia matrimonial". (Viladrich).

Antes que realidad legal positiva, el matrimonio y el derecho natural a casarse son realidades naturales, consustanciales con la propia naturaleza humana, cuya esencia y línea maestras son fijadas por esa misma naturaleza humana. El legislador, en un *segundo momento*, puede regular ordenadamente el ejercicio de este derecho a casarse. Ello explica la conveniencia de una normativa o "derecho matrimonial". Pero es claro que el matrimonio, como unión conyugal, no es un fenómeno legal *primariamente*, sino una realidad natural y previa a la legalidad. Cuando el legislador la regula, para garantizar su ordenado ejercicio, no debe desvirtuar esa realidad natural, sustituyéndola por un artificio legal, como tampoco debiera cambiar, con las leyes, las líneas maestras de lo que el matrimonio es por exigencia de la naturaleza.

Claro está que un determinado sistema matrimonial —ejemplos los ha habido en la historia y los hay en el presente— puede extralimitarse llamando *legalmente* matrimonio a una unión de un varón y una mujer que en verdad lo único que desean es utilizar la ceremonia como vía para obtener la nacionalidad de un país o la posibilidad de emigrar (negocio indirecto); puede obtener calificación "legal" de matrimonio

una unión prevista por los contrayentes sólo para fines hereditarios, excluyendo todos los fines objetivos del matrimonio; o una unión para unas vacaciones o para dos años; o una unión en la que se rechaza toda apertura a los hijos; o una unión contraída por fuertes coacciones familiares contra la legítima libertad de los contrayentes; o, por señalar un ejemplo extremo, una unión de homosexuales.

Si tenemos clara la distinción entre realidad natural y legal, así como la primacía de lo natural sobre lo legal, en tal caso todos estos ejemplos no son más que supuestos de "matrimonios legales" en los que no existe el *matrimonio natural*. Por mucho que, por ejemplo, dos homosexuales tengan en su poder un acta matrimonial, entre ambos no existe la *realidad natural del matrimonio*, ni podrá existir jamás.

Cuando esta extralimitación de las normas jurídicas se produce, en cualquiera de sus formas, pero en especial en aquellas adulteraciones que desvirtúan lo natural ("uno con una") y la indisolubilidad ("para siempre"), la realidad natural del matrimonio tiende a ser sustituida por una simple situación legal. En tales sistemas matrimoniales, el "matrimonio" acaba siendo un término amplio y ambiguo, que engloba relaciones muy diferentes las unas de las otras con contenidos "maritales" tan diversos y contradictorios, de suerte que el único punto en común viene a ser el hecho de las iguales formalidades legales de su celebración. En este sentido, el "matrimonio", entendido como pura situación legal, acaba confundiendo con unas formas de celebración y con el estado de legalidad que de ellas se obtiene.

Este fenómeno de "vaciamiento" del matrimonio, muy generalizado en el panorama jurídico actual, se presenta con extraordinario vigor en los sistemas jurídicos divorcistas. En efecto, cuanto más divorcista es un sistema legal, menos interés tendrá para los contrayentes y para el legislador asegurarse de que el "sí" o consentimiento ha sido auténticamente pleno y total. La razón está en que, haya sido auténtico o haya tenido defectos, el "sí" no produce un efecto indisoluble desde el momento en que se admite la disolución del matrimonio mediante el divorcio.

Esto comporta para un sistema divorcista tres grandes dificultades: De un lado, este sistema propala una progresiva *trivialización* o *banalización* del "sí" o consentimiento, pues deja de ser importante un "sí" del que uno puede desdecirse.

De otro lado, aumenta la creencia de que "casarse" es un acto de conformismo social, un "pasar por la ventanilla burocrática de la ley"

para obtener el permiso o documento según el cual ya se pueden tener relaciones sexuales o hijos con "honorabilidad social" dentro de la legalidad.

Finalmente, la equívocidad: un sistema así acaba otorgando indiscriminadamente el calificativo de "matrimonio" a un conjunto de uniones, extraordinariamente diversas y contradictorias, que tienen poco que ver con el estricto sentido natural de la *unión conyugal*.

Como resultado, se difumina el sentido natural y estricto del matrimonio, y se termina integrando bajo el nombre puramente *legal* de matrimonio, toda una serie de fórmulas sexuales cuyo único denominador común reside en que las partes han "pasado ante el juez" y tienen un certificado legal. Dado que el contenido real de esas uniones es diversísimo y contradictorio, y su único punto común es la formalidad de "haber pasado frente a la ventanilla de la ley", el matrimonio queda convertido en una palabra que no significa otra cosa que "una formalidad legal y social convencional" carente de contenido preciso, concreto y estricto. (Viladrich).

La reacción de muchos jóvenes que no quieren adulterar la autenticidad de sus historias sentimentales pasándolas "por la formalidad social, legal y convencional" del matrimonio, encuentra, desde esta perspectiva, una honda y seria justificación. En efecto, si "matrimonio" no significa otra cosa que un mero documento legal o una formalidad social, cualquiera que guarde un residuo de autenticidad, de sensibilidad y de gallardía frente a los convencionalismos hipócritas y vacíos, ha de pensar —sobre todo si, encima, de ese "matrimonio" siempre puede uno echarse atrás con el divorcio— que ¿para qué hay que casarse? ¿quién le ha dado al legislador, al juez y al poder la autoridad para —supuesta esa concepción formalista y divorcista del "matrimonio"— decir que sólo son "honorable socialmente" las uniones que acepten pasar por su "trámite burocrático"? ¿Qué diferencia de fondo existe entre una relación sexual pactada "hasta que nos cansemos", que pasa por el despacho del juez para su "legalización", y otra exactamente igual, "pactada mientras no nos cansemos", cuyos sujetos consideran superfluo pedirle permiso al juez para fundar ese tipo de relación? Cuando, desde el punto de vista del contenido, ambas relaciones sexuales son idénticas: "hasta que nos cansemos", ¿no es una muestra de conformismo, superficialidad e hipocresía, solicitar una "legalización" y pensar que, con ésta en la mano, la relación sexual ya ha quedado transformada en algo sustantivamente distinto de aquella

otra relación sexual, cuyos sujetos, sin embargo, la fundaron y la viven al margen del juez?

En la práctica, los matrimonios contraídos ante el juez del Registro Civil por personas que posterior o anteriormente han acudido o acudirán ante un ministro de su religión, para vincularse matrimonialmente son, en nuestro concepto, *negocios jurídicos simulados*, ya que los contrayentes manifiestan su deseo de contraer matrimonio *sin que su voluntad interna lo quiera*, porque o *ya lo han contraído* —si han acudido al ministro de su religión con anterioridad— en cuyo caso no se puede *volver a contraer*, o porque *lo van a contraer* —si acudirán al ministro posteriormente— en cuyo caso *no quieren contraerlo ahora*. Ocurre, en síntesis, que sólo desean los *efectos civiles* del matrimonio, pero no desean, en *ese momento*, el matrimonio mismo; desean, sí, pactar la sociedad conyugal o la separación de bienes, o un régimen mixto; desean que a su matrimonio se le reconozca ante la ley civil para que el Estado los tenga por casados, pero no le dan eficacia creadora del vínculo matrimonial a esa manifestación de voluntad, ya que de otra forma no habrían concurrido con anterioridad ni concurrirían posteriormente al ministro de su religión para expresar el consentimiento matrimonial.

De lo anterior se desprende que el negocio jurídico matrimonial está, por tal causa, drásticamente segmentado, ya que, de una parte, el Derecho positivo sólo otorga categoría jurídica al acto que se realiza ante funcionarios del Registro Civil y conforme a específica y meticulosa reglamentación; y de otra, las partes sólo suelen conceder *efectos vinculantes* a la declaración de voluntad que realizan ante un ministro de su religión, también conforme a específica y rigurosa normativa.

Tal disfuncionalidad y drástica separación —cuando hay voluntad *vinculante* suele no haber *reconocimiento jurídico-positivo*— nos sirve también como punto de partida para intentar hacer algunas precisiones sobre la institución familiar y, principalmente, del negocio matrimonial del que suele traer causa.

II. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Una característica común a los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo, es la proclamación de la especial protección que merece la familia y ello porque ésta constituye un elemento fundamental de la sociedad. Se ha dicho, no sin razón, que la familia es el núcleo de la

sociedad; y si el Estado, por medio de un ordenamiento jurídico, pretende conservar y regular la sociedad por la cual vive, habrá de proteger a la familia —se dice— so pena de desaparecer.

En efecto, es posible observar una cada vez mayor conciencia de la importancia de la familia y sin embargo, en paralelo, por virtud de una inquietante paradoja, ésta es objeto hoy de constantes y gravísimas violaciones.

Quizás no se pueda hallar otro periodo, como el que va desde las grandes revoluciones del siglo XVIII hasta nuestros días, en el que tantas energías se hayan entregado en el campo del pensamiento y de las ciencias sociales, en los textos jurídico-políticos constitucionales e internacionales, en la doctrina jurídica y en los más variados campos de la especulación en relación a la temática de la sexualidad humana, para obsequiar a la familia de una efectiva tutela. ¿En qué otra época ha habido la actual sobreabundancia de bibliografía de las diversas ciencias sobre alternativas familiares, propuestas de las grandes ideologías filosófico-políticas, literatura de ensayo y divulgación, políticas demográficas de los Estados y Organismos Internacionales, movimientos asociativos y reivindicativos en materia sexual, matrimonial y familiar, cambios legislativos del Derecho de Familia, etc.? No obstante —he aquí la extraña paradoja— toda esa imponente dedicación de energías en busca de una mejor fórmula familiar coincide en nuestra época con una degradación —no menos imponente— de la institución misma. Allí donde se han puesto notables esfuerzos parecen recogerse pésimos resultados: el descenso de la tasa de matrimonios contraídos, el incremento del aborto clandestino y legalizado, las rupturas matrimoniales de hecho y de derecho, el número de niños abandonados y maltratados, el suicidio infantil y juvenil; las psicopatologías de niños y adolescentes de origen familiar, el índice de delitos sexuales, etcétera, dan cuenta de ello.

Resultan muy ilustrativos, sólo por referirme a algunos, los siguientes ejemplos: el artículo 16, apartado 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 de diciembre de 1948) que dice:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

La IX Conferencia Interamericana, en el artículo 6 de su declaración establece:

“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y recibir protección para ella”.

Tal es el caso también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, del 16 de diciembre de 1966, que en su artículo 10, apartado 1, dice:

“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

Los textos internacionales señalados y otros muchos no se limitan al reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, sino, además, exigen su protección por parte del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (16 de diciembre de 1966), en su artículo 23, apartado 1, dice:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En la misma dirección la Convención Americana de Derechos Humanos, de la CEA (22 de noviembre de 1969), en su artículo 17, apartado 1, dice:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad”.

Un problema inicial, en el que abundaremos, reside en que la noción familiar se ha ido desdibujando al punto de que es difícil encontrar un concepto unívoco de la misma. Si se carece del concepto será más problemático aún obtener un consenso para determinar cuáles son los derechos fundamentales de la familia que el Estado debe proteger y el alcance de los mismos.

Debe hacerse patente —dice Fuenmayor— que respecto a la familia, asistimos a un proceso de *diferenciación progresiva* entre derechos fundamentales y valores fundamentales. Por ello los derechos familiares se nos presentan profundamente ambiguos por admitir contenidos muy variados e incluso contradictorios. Es aquí donde surge un grave problema ya que, como es obvio, los derechos fundamentales han de ser, *en su contenido concreto*, valores fundamentales; y los “valores” fundamentales sufren un proceso por el cual dejan de tener un fundamento universal al dar cada quien el carácter de “valor fundamental” a lo que quiere. Así los derechos fundamentales se convierten

necesariamente en recipientes y continentes vacíos, que han de llenarse, según los diferentes vientos que corran, con los más diversos contenidos o valores que, por lo mismo, suelen ser contradictorios.

Por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución alemana proclama solemnemente que:

"El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal".

Este derecho fundamental —estar bajo la protección del Estado— no incluye ninguna garantía de concepciones, de convicciones, de actitudes en relación con valores determinados, y así, cada cual vertirá en estos derechos —porque esta posibilidad se la ofrece la misma Constitución— valores éticos del más diverso significado. Para ilustrar lo anterior, baste citar por ejemplo, las paradigmáticas conclusiones a que sobre política familiar se llegó en el Congreso de los social-demócratas (Hamburgo, 1977) en ese país. En efecto, este sector político entiende que:

"Las familias son comunidades de vida duradera de uno o varios adultos con uno o varios hijos" y que:

"De la unión de los adultos e hijos de una familia resultan derechos y obligaciones mutuas".

En estas conclusiones no se considera como elemento constitutivo de la familia ni que los adultos sean de distinto sexo, ni tampoco que sean como máximo dos personas; de este modo cualquier comunidad de adultos con hijos es una familia, sin importar, quizás, que los adultos sean del mismo sexo.

Este concepto de familia —comunidad de vida duradera de uno o varios adultos con uno o varios hijos— sobrepasa, al menos, los límites del concepto familiar con el que, salvo excepciones como ésta, muchos hemos denominado en Occidente —por lo menos hasta ahora— a esta célula de la sociedad, expresión ésta tan socorrida que es difícil localizar su autoría.

III. EL CONCEPTO DE FAMILIA

La proclividad de algunos por liberar el concepto *familiar* del necesario acotamiento que le corresponde según naturaleza es, a nuestro juicio, causa y efecto del devaluado tratamiento jurídico con que el ordenamiento dispensa, en la práctica, a la familia y al matrimonio; y ello a pesar de esa pretendida tutela de la que hablábamos y que nos

sigue resultando profundamente paradójica. Entiendo que suponer que la familia carece de una mínima estructura esencial permanente, como si se tratara de una plastilina infinitamente elástica y dúctil, es aniquilar, por deletéreo, el concepto mismo. La familia no es algo equiparable a una pequeña nube de gas de nula densidad, como parecen entenderla los social-demócratas alemanes, que pueda expandirse o comprimirse a placer para ser susceptible de caber en cualquier recipiente o modelo. Con un tipo de materia así se podría hacer lo que nos viniera en gana: todo lo admitiría, todo le convendría, porque no poseería nada esencial propio.

Pero, ¿qué debemos entender por familia? En una muy sumaria aproximación, y a los efectos de lo que aquí exponemos, cabe distinguir a la familia por el diverso soporte socio-jurídico en que descansa: la familia denominada por algunos como "legítima" que es, al decir de Sánchez Agesta, "el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera bajo un mismo techo, en unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes, para satisfacer en común ciertas necesidades y asistir a los hijos y dirigirles su educación". A su lado, podemos observar que la convivencia *more uxorio* consigue, día con día, más adeptos y hace una serie competencia a la institución conyugal para constituirse también en origen de relaciones familiares.

Encontramos así, enfrentados, dos tipos o modelos de comunidades familiares: aquellas que tienen su origen en el matrimonio y otras —fundadas como aquél también en la libertad— originados por quienes han decidido prescindir del matrimonio para organizar su vida afectiva y sexual.

Algunas relaciones extramatrimoniales, que sólo son estables *de hecho*, pueden dar lugar, sin duda, a relaciones familiares. Tal es el caso de las paterno-materno-filiales originadas en las uniones concubinarias. En efecto, por causa de la libertad de que gozamos, podemos unirnos matrimonialmente o extramatrimonialmente y en este rubro caben, evidentemente, las más diversas fórmulas y alternativas de comunicación sexual: desde el concubinato, el amor libre, la poligamia, la poliandria, hasta en el otro extremo, el homosexualismo y el lesbianismo.

Pero ¿esto significa que deben admitirse desde ahora como familias a cualquier grupo que pretenda ese nombre, desde la "familia Manson" al "matrimonio" de homosexuales?

Algunas de las fórmulas mencionadas pueden dar lugar, en efecto, a grupúsculos, cuya nociva influencia en la sociedad y eventual penalización, en su caso, debería a nuestro juicio, estudiarse cautelosamente.

Otros modelos familiares más comunes, que recogemos sintéticamente son:

a) Las familias que sólo son "de hecho", cuyo soporte es sociológico y no jurídico, porque no hay vínculo; tal es el caso del concubinato. Aquí se incluyen la llamada "cohabitación juvenil", el "matrimonio a prueba" y la "unión libre" de parejas de edad más avanzada.

b) Casas con una sola cabeza de familia, el padre o la madre. El aumento de los hijos habidos extramatrimonialmente y el apogeo del divorcio han fomentado multitud de relaciones familiares de este tipo.

c) Familias "mezcladas" que, de hecho, vienen a agrupar en su seno los restos del divorcio.

El amplio espectro de significados coadyuva a que la ambigüedad señoree en el panorama del gracioso otorgamiento de derechos fundamentales a la familia, pues es evidente que al admitirse como familiares a los más diversos grupos, esos derechos son susceptibles de aceptar los más diversos y contradictorios contenidos. Se garantizan y desgarantizan, por tanto, valores éticos de muy diferente significación, y al garantizar unos se desgarantizan otros. De aquí que los derechos fundamentales se hayan transformado en simples coberturas, en meros vehículos y en cáscaras vacías que serán llenadas con un contenido del más variopinto significado ofrecido por los principios que inspiran a los diversos ordenamientos jurídicos, que harán su opción en consonancia con los valores éticos en que cada uno quiera inspirarse. Hay en el Derecho alemán un autor que ha propuesto el siguiente concepto de *familia*: aquel que es vigente en la legislación al momento de promulgarse.

Una explicación de este fenómeno —los diversos significados, en ocasiones contradictorios, y la ambigüedad de los derechos fundamentales en relación a la familia— se obtiene después de considerar que el Derecho Positivo no es más que una obra humana —del legislador— encaminada a la *realización* de unos valores. El Derecho encierra siempre en su seno la aspiración de encarnar unos valores, ya que, como afirma un sector de la doctrina, la técnica no existe en Derecho en estado puro.

IV. CONEXIÓN ENTRE FAMILIA Y MATRIMONIO

La permanente conexión entre la familia y el matrimonio se nos presenta como evidente: ésta es la raíz y fundamento natural de aquélla.

Toda lesión de los caracteres esenciales que configuran al matrimonio según naturaleza —la unidad y la indisolubilidad— por obra de los ordenamientos jurídicos provocará una crisis de la institución matrimonial con su correspondiente reflejo en la configuración de la familia. Hoy podemos observar que los nuevos derechos matrimoniales coadyuvan eficazmente a la producción de los diversos modelos de familia, a que ya hemos aludido.

El Derecho matrimonial de los ordenamientos occidentales de hoy tiene en común, y como nota característica, su inspiración en lo que Fuenmayor califica el "principio de neutralidad" o "ideología del permisivismo" que colocan al matrimonio y la familia en tesitura de perder su entidad objetiva. Es entonces cuando se hace patente el retroceso colosal que está sufriendo el Derecho, especialmente en las disciplinas que durante siglos procuraron la tutela de ambas instituciones: el Derecho Civil y el Derecho Penal que merced al influjo del individualismo —incapaz éste de reconocer la idea del mutuo compromiso y de la fidelidad permanente— consigue desconectar la institución matrimonial de la familia reservando la tutela jurídica en favor de la individualidad de los cónyuges que prevalece así, en caso de conflicto, sobre la defensa de los intereses del otro cónyuge y aún de los valores familiares.

Ejemplo de ello es la cada vez más creciente legalización de situaciones que anteriormente eran situaciones de hecho sin relevancia jurídica y la despenalización de conductas lesivas de los valores que, con anterioridad, querían protegerse jurídicamente en el matrimonio.

Somos testigos de un verdadero desmoronamiento del Derecho Penal en lo que atañe a las relaciones conyugales, mediante la despenalización de la bigamia, del adulterio, etcétera. Se trata de un fenómeno que, me parece, tenía que producirse como consecuencia del retroceso que ha protagonizado el Derecho Civil en sus cada vez más benevolentes retrocesos divorcistas. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Civil para el Distrito Federal, en el que sólo resta añadir, como causa del divorcio, el repudio unilateral (art. 267).

Esta regresión del Derecho está constituida no sólo porque el Derecho Penal ha desprovisto al matrimonio de la defensa que antes le dis-

pensaba frente a los ataques procedentes de determinadas conductas contrarias a los más graves deberes conyugales, sino porque el nuevo Derecho Civil ha propalado que el matrimonio y el concubinato se haya aproximado el uno al otro, al recorrer ambos buena parte del camino que les separaba. Ahora se reconoce a la "unión libre" o "concubinato" que ha adquirido, poco a poco, derecho de ciudadanía y rango equiparable al matrimonio. "De inmoral o ilícito —escribe Benabent— ha llegado a ser lícita, y aún legal en diversos aspectos, en el sentido de ser ahora una situación "regida por la ley", "incorporada al campo jurídico". Progresivamente, se le han reconocido idénticos o análogos efectos que al matrimonio.

El fenómeno puede sintetizarse así: en el núcleo del nuevo Derecho de Familia la voluntad de los contrayentes es el único árbitro: se vinculan en los términos que convienen, sin limitaciones legales, y se desvinculan, también como quieren, por el divorcio. Así, se arranca al matrimonio uno de sus caracteres esenciales que le distingue del concubinato —la indisolubilidad— y se tiende a permitir el matrimonio aún en el caso de existir impedimentos que antes se consideraban insuperables.

El diverso soporte socio-jurídico de la familia —que tenga o no como fundamento el matrimonio— da lugar, decíamos, a diversos modelos de familia: los fundados sobre el verdadero matrimonio que conserva sus caracteres naturales de monogamia e indisolubilidad, y las que se fundan en otro tipo de uniones provisionales o concubinarias (aunque estén legalizadas) que son estables sólo de hecho.

Podemos afirmar, al menos para las primeras, que su mejor defensa consistirá en la tutela eficaz del matrimonio del que trae origen y esto por la estrecha conexión entre la familia y el propio matrimonio que le sirve de fundamento.

¿Qué contribución del Derecho y del Estado podemos esperar aquellos que creemos en el matrimonio —institución natural, indisoluble y monogámica— como fundamento de la familia que sirva, no ya para evitar negocios simulados como el ya aludido, sino para otorgar una cabal protección a la familia matrimonial? En línea de principio entendemos que en una sociedad pluralista, esa tutela puede y debe consistir, primordialmente, en el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio contraído por aquel ciudadano que —como el otro que decide no vincularse jurídicamente y prescindir de las instituciones que el Derecho ofrece— en ejercicio de su legítima libertad, —que también es

esgrimida por los concubinos— y en conformidad con su recta conciencia, lo celebra de acuerdo a normativa que preserva sus caracteres esenciales. Concretamente, en el caso de los católicos, no veo razones por las cuales no puedan celebrar el matrimonio de acuerdo con las normas de la Iglesia, por ser el vínculo que mejor satisface sus exigencias espirituales; toda vez que, en virtud del ordenamiento canónico, el bautizado está obligado en conciencia —si quiere contraer el vínculo matrimonial— a la celebración del matrimonio religioso.

Lo anterior por cauce de la *libertad religiosa* —derecho fundamentalísimo proclamado por todas las Constituciones— que, al decir de Spinelli, no viene salvaguardada obligando a todos a casarse civilmente, contra conciencia, sino *permitiendo* a todos casarse según conciencia y, por tanto, también según el propio credo religioso.

El sistema de matrimonio civil obligatorio vigente en México no se aviene con el pluralismo de la sociedad actual. Admitir como único tipo de matrimonio el regido exclusivamente por el Estado, significa tomar partido en favor de una confesionalidad monocolor de inspiración laicista.

Un sistema matrimonial pluralista no contradice, por lo demás, el principio de igualdad. Antes bien, este derecho exige —cuando el Estado acentúa su propia laicidad con respeto para la libertad religiosa— que la disciplina de los fenómenos sociales de inspiración religiosa (y, entre ellos, el matrimonio) no quede monopolizada por el Derecho común del Estado, ya que este Derecho es insuficiente para satisfacer las exigencias legítimas de orden espiritual de los diversos grupos".

El reconocimiento del matrimonio religioso satisface ampliamente, creemos, el principio de libertad: no se trata de *imponer* a nadie el matrimonio canónico, sino de ofrecerlo como opción a quienes lo prefieran por razones religiosas.

Afirmamos que el Estado debe reconocer también a los ciudadanos católicos el derecho subjetivo a contraer matrimonio católico con efectos civiles, y creemos necesario distinguir —a propósito del reconocimiento de efectos civiles al llamado "matrimonio religioso"— dos sistemas o versiones que existen en los ordenamientos civiles y que son muy diferentes entre sí. Ambos coinciden en ser sistemas facultativos, en cuanto dan opción a los contrayentes para celebrar su matrimonio en forma civil o en forma religiosa, es decir, ante el funcionario civil o ante un ministro religioso y según el rito de éste. Aquí la ceremonia religiosa cumple, ante el ordenamiento del Estado, la función propia

de la forma *ad validitatem* y no es algo externo o ajeno al acto jurídico, como ocurre en aquellas otras legislaciones que, como la nuestra —sin perjuicio de establecer en toda su pureza el sistema de matrimonio civil obligatorio— permiten a los contrayentes (en cuanto, al menos, no lo prohíben) que asistan a una ceremonia religiosa con ocasión de su matrimonio antes o después del acto civil. La ceremonia religiosa es, en este último supuesto, jurídicamente irrelevante para el ordenamiento secular.

Con el fin de distinguir las versiones de los dos sistemas facultativos, se utilizan en su denominación apelativos que hacen referencia al área geográfica de su aplicación o a su congruencia con la doctrina teológica que, acerca del matrimonio, profesan las respectivas confesiones religiosas a cuyas aspiraciones tratan de corresponder.

Se denomina sistema facultativo de tipo protestantes —o sistema anglosajón— a la versión de alcance más reducido, por cuanto la facultad electiva de los contrayentes queda limitada a la forma de celebración. Este sistema responde satisfactoriamente a las aspiraciones de las comunidades cristianas protestantes, que niegan al matrimonio su naturaleza sacramental, pero conservan, sin embargo, el carácter sacro de su celebración. El matrimonio es, en la teología protestante, un asunto meramente civil, por lo que compete al Estado su completa regulación jurídica. Esto explica que, en el mundo anglosajón, el Estado concediese a sus ciudadanos la posibilidad de elegir entre la celebración del matrimonio en forma religiosa —modalidad a la que se ha llamado "matrimonio religioso"— o en forma civil. Se trata de una terminología que puede inducir a confusión. En este sistema de matrimonio facultativo de tipo protestante, el término "matrimonio religioso" sirve tan sólo para designar una forma peculiar de celebrar el matrimonio civil. Por eso, en estos países el matrimonio canónico no es reconocido como tal, pues a los católicos se les trata como a los miembros de las restantes comunidades religiosas: pueden contraer matrimonio civil, bien en forma civil, o en forma religiosa.

Muy diferente en su estructura y características es el sistema de matrimonio facultativo de tipo latino, llamado también de tipo católico, que corresponde a las aspiraciones de la Iglesia Católica, que no quedan satisfechas en el sistema facultativo de tipo protestante. En el sistema de tipo latino, que debería, a nuestro juicio ser vigente en México, la ley civil ofrece la alternativa entre dos regímenes matrimoniales diferentes: el régimen civil y el régimen canónico: los contrayentes

pueden elegir entre el "matrimonio civil" y el "matrimonio canónico". Lo que se reconoce por parte de la ley civil es la existencia del matrimonio canónico, es decir, de unas normas del ordenamiento de la Iglesia Católica reguladoras del matrimonio, no sólo en cuanto a sus requisitos de validez (condiciones de capacidad, impedimentos, consentimientos, etcétera), y en cuanto a la resolución de los conflictos conyugales. El Estado reconoce, en su integridad, o con algunas cortapisas —si estima que así lo exige la tutela de su orden público— el régimen jurídico de la Iglesia, es decir, el "matrimonio canónico". En este sistema, el Estado no impone el matrimonio canónico a ningún ciudadano, pero el que —haciendo uso de la opción que le reconoce la ley civil— se coge al régimen jurídico del matrimonio canónico, queda en lo sucesivo vinculado a este régimen, por el doble imperativo del ordenamiento canónico y del ordenamiento secular.

Las dos versiones del sistema facultativo constituyen fórmulas satisfactorias en relación con las pretensiones a las que tratan de responder respectivamente. Ambas se atienen de modo congruente a las demandas de quienes les dieron origen históricamente. Las confesiones protestantes pidieron a los Estados solamente el reconocimiento del rito de celebración, y se conformaron gustosamente con el Derecho del Estado sobre el matrimonio: pidieron y obtuvieron un matrimonio civil en forma religiosa. La Iglesia Católica siempre ha solicitado el reconocimiento de su régimen matrimonial, y ha combatido el matrimonio civil en cuanto que esta nueva institución —nacida como réplica al matrimonio canónico— constituía un arma del Estado para desconocer la competencia, legislativa y judicial, de la Iglesia en materia matrimonial.

En suma, en el sistema facultativo de tipo protestante o anglosajón existe una sólo *clase* de matrimonio, con dos *formas* de celebración: matrimonio civil en forma civil y matrimonio civil en forma religiosa. En el sistema facultativo de tipo católico o latino, el Estado reconoce dos *clases* de matrimonio: el civil y el canónico, regidos por dos ordenamientos diferentes, aunque —sin mengua del sistema— cabe aplicar a ambos algunas reglas que, por eso, se denominan "reglas comunes".

V. DEFENSA DEL MATRIMONIO INDISOLUBLE

Una de las manifestaciones más claras de la actual crisis de la familia es el rechazo frecuente de la fidelidad conyugal que está legalmente consagrada —y, de modo implícito estimulada— mediante el

régimen jurídico del divorcio vincular, que se ha enseñoreado en los más diversos meridianos jurídicos. Su difusión significa un salto atrás, un retroceso en el logro del perfeccionamiento moral que representa el matrimonio monogámico, estable, arraigado durante siglos en los ordenamientos seculares.

Aunque por fuerza de la brevedad no podemos abundar, entendemos, por nuestra parte, que las propiedades esenciales de matrimonio —su unidad e indisolubilidad— no son ideales exclusivos del mensaje cristiano; no son una cuestión católica. Se trata de notas esenciales, íncitas en la naturaleza del matrimonio y no susceptibles de transacción en aras al consenso. Ingredientes son, por tanto, de toda legítima *unión conyugal* y no sólo del matrimonio canónico. Ciertamente la libertad del hombre le permite prescindir del matrimonio y buscar una fórmula que mejor satisfaga sus intereses para organizar su vida sentimental y sexual, y, en esta línea, puede optar, ya lo dijimos, por otras fórmulas de comunicación sexual: el concubinato, por ejemplo, es figura claramente diferenciada del matrimonio, en tanto que sólo éste es la unión indisoluble de uno con una y para siempre, para cumplir con los fines que le son propios.

Por la libertad, decía, el hombre puede hacer con su vida lo que quiera, pero ello no significa, de ninguna manera, que cualquier tipo de unión o fórmula de comunicación sexual se *constituya en matrimonial* por la simple fuerza del querer mismo, por intenso que éste sea. Sólo es matrimonial aquella unión que contempla las piezas fundamentales de la institución —la distinción de sexos complementarios, la unidad e indisolubilidad, la fecundidad, la sociabilidad como entrega estable, la libertad y el amor personales, la ayuda mutua— como *datos naturales* y no como hojas en blanco en las que cualquier cosa se puede escribir. No son éstas, piezas sin contornos, blandas y moldeables como la plastilina de la que hablábamos, con las que cabrían mil combinaciones válidas todas por igual.

Son, por el contrario, piezas con un contenido dado, que ya está escrito en lo esencial y básico. Por ser naturales no permiten ser sustituidas por sucedáneos artificiales. Tienen —en palabras de Viladrich— vigorosos y exigentes contornos —como las piezas de una figura de rompecabeza— que sólo admiten una combinación verdadera y plena. Por ser naturales, son piezas que tienen unos concretos *límites de tolerancia*, de manera que si se traspasan esos límites la pieza se degrada, se deteriora en ocasiones de forma irreparable y queda inservible.

Lo explicaré con un fácil ejemplo. Uno de los aspectos positivos de la mentalidad de los últimos años es, sin duda, el extraordinario grado de sensibilidad con que todos valoramos la conservación de la naturaleza y la tutela decidida del equilibrio ecológico. El hombre moderno posee la profunda convicción —tras amargas experiencias que todos sufrimos— de que no podemos manipular la naturaleza como mejor nos venga en gana o como mejor plazca a ciertos intereses económicos. El equilibrio ecológico es muy delicado y de su mantenimiento depende la supervivencia de la humanidad. Los vertidos industriales indiscriminados e incontrolados, por ejemplo, destruyen la vida en los ríos y nos impiden calificar de ríos a ciertas corrientes viscosas, espumeantes y turbias que discurren por donde existía un río vivo. Las mareas negras de ciertas catástrofes de buques petroleros, los escapes de gases altamente tóxicos, la contaminación atmosférica, la polución, el ruido, etcétera, nos han demostrado hasta la saciedad que la naturaleza tiene unos *límites de tolerancia*, que esos límites no se pueden cambiar a placer, y que no pueden traspasarse impunemente, porque de hacerlo el equilibrio ecológico se rompe, la naturaleza se degrada, a veces de manera irreversible, y la vida se hace imposible.

Exactamente lo mismo ocurre con todas aquellas piezas naturales, también de la sexualidad humana, que se ordenan al matrimonio. Son piezas con unos naturales límites de tolerancia. Si estas piezas se manipulan arbitrariamente, según los más variados intereses y apetencias de cualquiera —ya se ha sugerido en algún foro jurídico, por ejemplo, el matrimonio de homosexuales— si se traspasan sistemáticamente los límites de su tolerancia, esas piezas se degradan. Pero esas piezas no son las aguas, los árboles o la simple naturaleza física. Esas piezas son aspectos del hombre. Por eso, cuando se manipulan más allá de sus límites de tolerancia, quien se degrada es el propio hombre, hasta convertirse en un ser despersonalizado y diluido, en una sombra y sucedáneo de la verdadera persona.

Tengo la esperanza de que podremos extraer con cierta facilidad cuáles son las consecuencias de la ley de los límites de tolerancia. Debemos percatarnos no sólo de que la sexualidad humana —como la naturaleza que nos circunda— tiene unos límites naturales de tolerancia, sino descubrir que cuando se traspasan caprichosamente, el hombre —como un río sometido al vertido de detritus— se degrada, se deshumaniza, se desnaturaliza.

Los límites naturales de tolerancia, pues, se pueden traspasar, pero no impunemente. El resultado es la degradación. Por eso, de la misma manera que la conservación del equilibrio ecológico es una cuestión de supervivencia para una humanidad que quiera seguir viviendo como hombres dignos, y es, por tal causa, una cuestión en la que todos somos responsables, también la conservación de la sexualidad en sus más depurados límites naturales de tolerancia es una cuestión que afecta a la responsabilidad de todos, pues es claro que de una sexualidad sana y natural depende en importante medida el grado de dignidad y humanismo de las nuevas generaciones que procreamos y educamos. Por eso, la cuestión matrimonial como la cuestión sexual no son cosa trivial —como la moda que nos gusta— ni tampoco cosa del capricho individual y privado —como la elección de nuestro club favorito—, sino una cuestión personal, social y pública de extraordinaria trascendencia, en la que la conducta de uno afecta a toda la comunidad social, y para la que es necesaria la cuidada y seria atención de la Ética, el Derecho y la Política.

¿Es plausible la defensa del matrimonio indisoluble garantizado por la ley civil?

El retorno del divorcio por influjo del iusnaturalismo racionalista, que poco tiene que ver con el genuino Derecho Natural, y el protestantismo, produce una incongruencia entre los sistemas matrimoniales civiles y las exigencias mínimas de orden jurídico propias del matrimonio como institución natural.

Se trataría de reconocer al matrimonio una serie de garantías jurídicas protectoras de la estabilidad para fortalecer la institución. Por ello habrían de adoptarse cautelas jurídicas con la *precisa* finalidad de que el *vínculo* del contrato matrimonial que es, por *naturaleza*, perpetuo y exclusivo, no quede sometido al evento posterior del fraude a la ley, del cambio de voluntad de los contrayentes, de los deseos del egoísmo humano que pretenden destruir un acto humano que fue en su momento realizado a través de unas decisiones de voluntad *libres*, sí, y también de naturaleza irrevocable.

Hemos dicho ya que la indisolubilidad del matrimonio no es un bien específico de la Iglesia, exigencia exclusiva de carácter religioso. La indisolubilidad es característica institucional de todo *verdadero* matrimonio y no importa que algunos llamen matrimoniales a uniones que

no lo son. Nos parece que, en estos casos, se trata de un problema de semántica, de suerte que las palabras —por ejemplo matrimonio— no significan ya algo real sino lo que dice, paladinamente, el personajillo de Lewis Carroll en "Trough the Looking-glass": "cuando uso una palabra, significa lo que yo he decidido que signifique: ni más, ni menos.

Por ello el amparo y defensa de la indisolubilidad matrimonial por parte de las leyes puede fundarse en razones no confesionales.

¿Es posible dejar de imponer el régimen divorcista legal, a quienes, al contraer matrimonio, desean que la *irrevocabilidad* de su pacto conyugal quede garantizada por la ley del Estado? El legítimo pluralismo ideológico —si quiere ser congruente— permite defender que se reconozca, en línea de mínimo a todo ciudadano la opción de contraer un matrimonio indisoluble garantizado por la ley civil.

Desde un punto de vista jurídico, la tesis del divorcio vincular y la que sostiene la indisolubilidad del matrimonio hunden sus raíces en dos concepciones distintas de la libertad, que conducen, respectivamente, a negar o a justificar la posibilidad de que el negocio jurídico matrimonial sea un pacto irrevocable. La discrepancia entre ambas posturas estriba en considerar que la libertad impide o, por el contrario, justifica la exigencia y la correspondiente sanción jurídica de la recíproca fidelidad de los contrayentes.

Por eso, cuando una ley civil *implanta* o *rechaza* el divorcio vincular, hace una opción porque elige —como criterio inspirador— una de esas dos concepciones de la libertad que son antagónicas.

Recordemos la tesis de los revolucionarios franceses, al proclamar en 1792 que la indisolubilidad del matrimonio es incompatible con la libertad humana. Esta idea es la que late en el fondo de los ordenamientos jurídicos que aplican el régimen del divorcio vincular a todo matrimonio, independientemente de cuál sea la voluntad de los contrayentes. Azevedo ha observado con agudeza que la característica fundamental de la ley de divorcio consiste en consagrar una prohibición. El Estado prohíbe a los ciudadanos contraer un matrimonio perpetuo. Considera imprudente y antisocial —por tanto, inmoral— un contrato de tal tipo. Por eso lo hace ilegítimo, en el sentido de rehusar darle cualquier relevancia jurídica. No le parece razonable que alguien se obligue por toda la vida a ser fiel a otra persona.

Según esta concepción, el vínculo nacido del pacto conyugal es un vínculo claudicante, que se asemeja en su eficacia a la función que cumplía la *affectio maritalis* en el Derecho romano.

Frente a ese pretendido derecho al divorcio, se ha hablado, no sin razón, de un derecho fundamental a la indisolubilidad del matrimonio, que debe amparar la ley civil para tutelar a quienes optan por un matrimonio indisoluble, al tiempo de contraerlo. Y como fundamento de tal derecho se ha invocado también la libertad. Se ha dicho que "la defensa de la indisolubilidad del matrimonio se apoya en este principio esencial: la libertad humana". (Cotta).

De aquí esta importante y elemental conclusión: cuando el legislador civil establece un régimen de divorcio vincular aplicable a todo matrimonio con criterio igualitario, no está sirviendo al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, aunque esto pudiera parecer en un examen superficial. Lo que hace es tomar partido —en un tema de máxima importancia— en favor de uno de los términos de la alternativa a que antes me he referido. Y lo hace en obsequio a quienes tienen una determinada concepción de la libertad; al propio tiempo que rechaza toda tutela jurídica a los contrayentes que tienen un concepto diferente del uso de la libertad en relación con su vida conyugal.

Vamos a ocuparnos, finalmente, de la hipótesis, que es nuestro caso, en que el ordenamiento civil admite el divorcio con referencia a todo matrimonio con criterio uniformista. Se trata de explicar cuál sería el fundamento de una posible excepción a ese régimen uniformista, para admitir —frente al supuesto de un matrimonio *disoluble*, al que, por voluntad de los contrayentes se aplicarían las disposiciones divorcistas de la ley— el supuesto, igualmente protegido por la ley, de un matrimonio indisoluble.

Lo primero que es necesario explicar es la inconsistencia de un argumento —frecuentemente invocado— según el cual el régimen divorcista no afecta para nada a los cónyuges que desean que su vida matrimonial se desarrolle conforme al modelo del matrimonio indisoluble. Suele decirse que si esos cónyuges no quieren el divorcio, la ley no les obliga, pues basta que no ejerciten la acción legal. En este sentido —se añade— el divorcio es optativo.

El argumento no convence. No puede decirse que el régimen de divorcio entraña en sí una opción. Esto sería cierto en el sistema legal que únicamente admitiera el divorcio por mutuo consentimiento, evitando con ello su aplicación en el caso de oponerse uno de los cónyuges. Pero no es éste el verdadero nudo de la cuestión. Se trata de algo muy diferente. Se trata de dotar de tutela legal al compromiso matri-

monial de quienes han rechazado para toda su vida la sombra del divorcio.

Se ha escrito que "el solo hecho de saber el compromiso que van a contraer es irrevocable, incita a la pareja a no aventurarse a la ligera en el matrimonio y constituye una fuente de energía para superar la crisis que pondrá en peligro su unión. Por el contrario, la sola idea del posible divorcio queda agazapada en el fondo de su compromiso y condiciona sus reacciones ante las dificultades matrimoniales. Evidentemente, nadie se casa con la perspectiva de divorciarse, sino con la de consolidar esa unión. Pero quien tiene a mano la posibilidad de una retirada, no lucha con tanto empeño como quien ha quemado las naves" (Aréchaga).

La defensa de la indisolubilidad del matrimonio ha sido tarea encomiable de muchos. Ahora se trata de defender la indisolubilidad pero *con tutela de la ley civil*, de dar protección legal a todos aquellos que, al tiempo de contraer matrimonio, desean afianzar su unión con un horizonte sin sombra; a quienes, en legítimo ejercicio de un derecho, quieren ver tutelada civilmente la irrevocabilidad de su pacto conyugal.

Esta tesis —defender la indisolubilidad del matrimonio *con tutela de la ley civil*— fue defendida, hace más de 40 años, por León Mazeaud, que escribió:

"Unos quieren un matrimonio que sea disuelto por el divorcio; los otros, un matrimonio indisoluble". Entonces que cada cual elija. ¡Nuestras leyes han decretado sucesivamente el matrimonio indisoluble, luego disoluble. Que lo decreten disoluble o indisoluble a elección los futuros esposos!

Ciertamente, hay futuros esposos que no tienen confianza en el porvenir. Demasiado constantes o demasiado cautos, prevén un acuerdo sin un mañana. Carecen del heroísmo de atar una vida por algunos días de felicidad. ¿No hay que ofrecerles, sino una cadena sin llave, excluirles del matrimonio, empujarlos al concubinato?

Pero los otros. . . Todos aquellos que ponen en su promesa el don de la vida entera. Aquellos que tienen fe en el mañana. Aquellos que quieren edificar sobre una roca que no socavarán las posibles tempestades. . . A todos aquellos es traicionarlos el concederles el derecho de traicionar. Han querido un matrimonio perpetuo. Han prometido una indisoluble unión. Se han unido. Ni el legislador, ni el juez, ni la culpa del cónyuge les pueden desunir; porque han consentido en un matri-

monio que el divorcio no puede atacar. No se han reservado ningún medio de separarse. No tienen ninguno, y tienen el derecho absoluto de exigir de su cónyuge que éste mantenga su promesa.

Así pues, ¡que cada cual elija! Dos matrimonios se ofrecen: uno de ellos, que podrá romper el divorcio; el otro que sólo romperá la muerte. El matrimonio deja de ser una superchería en que uno se obliga, pero guardándose el derecho de romper. . .

Tal es la solución del problema del divorcio: el matrimonio facultativamente indisoluble. Nadie puede protestar, porque cada cual continúa siendo libre para unirse hasta la muerte o tan sólo hasta el divorcio. Nadie protestará, salvo los hipócritas, que querrían, a la vez, prometer su vida y conservar la disposición de la misma". (Mazeaud, *Solution au probleme du divorce*, Dijon, 1945).

Sánchez Medal ha defendido esta tesis para el Derecho mexicano; Portero Sánchez, de modo análogo, para España; Dupuis, en Italia; Tapia en Chile. Al de ellos sumamos nuestro modesto parecer.

Si quienes contraen matrimonio como disoluble hacen el verdadero matrimonio o un acto meramente legal, es cuestión a la que ya nos hemos referido.

SEGURIDAD Y VIOLENCIA SOCIAL: LOS MOTIVOS DE UNA SOCIEDAD TEMEROSA

Pilar NORIEGA GARCÍA

SUMARIO: I. *Referencia previa*. II. *Introducción*. III. *Marco jurídico de referencia*. IV. *Seguridad*. V. *Violencia*.

I. REFERENCIA PREVIA

Remitimos al benévolo lector a la *Advertencia* con que inicia Jaime del Arenal Fenochio su artículo "Fundamentos de una sociedad injusta", publicado en este mismo número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, *supra*.

II. INTRODUCCIÓN

La falta de alternativas reales de organización y participación aunadas a la tecnificación del mundo actual, más la pérdida de confianza en nuestras autoridades como consecuencia de las evidentes contradicciones entre los hechos y el discurso del mismo gobierno, producen frustración e impotencia que se reflejan en la atomización del individuo y la falta de control y sentido de la propia existencia.

El sentimiento de impotencia y frustración, dice Lechner,¹ se traduce en diferentes miedos, como el miedo al aislamiento social, o el miedo a perder la identidad. Estos miedos conducen al individuo atomizado a identificarse con las pautas propuestas por la minoría tales como la de la agresividad inducida contra los enemigos del orden.²

Sin embargo, en nuestro sistema político se ha generado otro miedo, el del grupo en el poder-PRI, a la politización de las masas y su

¹ LECHNER, Norbert, "Poder y Orden. La Estrategia de la Minoría Consistente" en *Revista Mexicana de Sociología*, año XL, vol. XL, núm. 4, pp. 1201-1258.

² Ejemplo de ello es la polémica causada por la pena de muerte, los argumentos a favor se basan exclusivamente en la necesidad de deshacerse de "elementos criminales y antisociales". Ver anexo I, carta del profesor Miguel Alvarado Gutiérrez.

organización al margen de sus lineamientos y control. No obstante, ésto se les ha revertido transformándose en creciente apatía política, que se puede observar en las últimas elecciones realizadas en Baja California, Chihuahua, Zacatecas, Michoacán y Campeche, donde el abstencionismo llegó en algunos estados al 80%.

Pero "la pasividad política termina por ser una apatía moral",³ que repercute en la sociedad y crea un círculo vicioso: control, desconfianza y apatía-falta de legitimidad y represión.

La seguridad social consiste en algo más que el control policiaco ya jurídica. Definida aquélla en dos sentidos, "en sentido genérico es casi sinónimo de justicia o razonabilidad, en sentido específico es el atributo del Estado que consiste en la existencia de una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la violencia".⁴

Cuando un Estado cuenta con legitimidad, tendrá capacidad para resolver las tensiones y presiones sociales de los grupos de presión y el poder estatal podrá asegurar la integración social.

La seguridad social consiste en algo más que el control policiaco ya que debe tenerse presente que la seguridad jurídica es la que en última instancia, marca la pauta de la seguridad de la vida social. Como falta de seguridad, de la apatía y la pasividad surge la violencia.

En el caso de la violencia, tendremos presente que la desviación, la violencia individual, la respuesta violenta y la violencia institucional son consecuencia de la violencia estructural, entendida ésta como aquella que se da dentro de la estructura social como consecuencia de la misma.

La violencia institucional llega a la represión y por lo tanto a la descomposición social donde se pierden los valores humanos y sociales que inicialmente impulsaron la formación del Estado de derecho.

La sucesión presidencial agudizó el descontento popular después de las elecciones federales de 1988 a diferencia de otros sexenios, marcando el final del gobierno de Miguel de la Madrid con la característica de crisis del sistema.⁵

Las medidas económicas del sexenio pasado tendientes a abatir la inflación, proteger el empleo, recuperar la capacidad de crecimiento

para asegurar la independencia nacional, la democracia, la libertad y la justicia (objetivos del Plan Nacional de Desarrollo), quedaron rebasados por la crisis.

En nombre del desarrollo del país, objetivo fundamental desde inicios del siglo, ha sido el pueblo quien principalmente ha sufrido cada vez más la reducción de su poder de compra.

La crisis, a todos los niveles, se agudizó más al desvanecerse las esperanzas de inicios del sexenio pasado de superar el estancamiento económico; el Plan Nacional de Desarrollo quedó lejos de cambiar las condiciones del país.

La política del gobierno de Miguel de la Madrid hacia los sectores populares se endureció y repercutió aún más con el Pacto de Solidaridad Económico, que fue prorrogado.

La dependencia del país, sobre todo con respecto de los Estados Unidos se profundizó, se convirtió al país en maquiladora de las empresas transnacionales.

La estabilidad, meta de la política económica de 1989, es uno de los elementos principales de la estrategia de desarrollo y "plantea la difícil tarea de garantizar la transición de la política antiinflacionaria, contenida en el Pacto para la Estabilidad y Crecimiento Económico, que se propone alcanzar dos objetivos: consolidar la estabilidad de precios y fortalecer la capacidad negociadora del país con los acreedores externos".⁶

Sin embargo, hasta el momento, la industria nacional se estanca y la inversión extranjera aumenta junto con la penetración cultural y las presiones norteamericanas. Si el gobierno de MMH negó las presiones del gobierno de los E.U., para obligar a México a un cambio de política exterior, especialmente en relación a Centroamérica,⁷ el actual régimen a pesar de que lo niegue, no puede ocultar los resultados de esa presión. Los resultados fueron visibles en el caso Panamá, donde se modificó ostensiblemente la política de no intromisión en asuntos internos y el respeto al principio de autodeterminación de los pueblos dejando satisfechos tanto a los norteamericanos como a aquellos sectores que sacrifican la soberanía e independencia nacional ante la perspectiva de desarrollo sin importar el costo.

³ LECHNER, *op. cit.*

⁴ LEVI, Lucio, *Diccionario de Política*, Siglo XXI ed, México 1982, p. 892.

⁵ CARMONA, Fernando, "¿Modernización del PRI y del Sistema?", en *Estrategia* núm. 84, p. 10.

⁶ La política de "transición" del nuevo gobierno. En *Estrategia* núm. 85, 21-29.

⁷ *Excelsior*, 25 abril de 1983.

Irónicamente, es el gobierno más criticado en cuanto a legitimidad se refiere a raíz de un proceso electoral, el que critica a un funcionario latinoamericano a consecuencia de otro proceso electoral.

A nombre del desarrollo del país, como se afirmó, es que históricamente se ha mantenido la presencia de los capitales extranjeros y se ha sometido la política tanto nacional como internacional a la necesidad de salir del atraso material en que se encuentra.⁸ (Habría que analizar hasta qué punto la inversión extranjera nos descapitaliza en lugar de representar ganancias).

Por otra parte, se ha pretendido desmovilizar a las masas a cualquier precio, evitando su politización; pero el resultado ha sido la apatía y la frustración que ha llevado al individuo a su atomización. Lo que ha impedido la respuesta inmediata ante la gradual pérdida de soberanía, en aras de la ayuda económica indispensable para "nuestro desarrollo, progreso y modernización".

La colonización cultural que sufrimos nos lleva a la pérdida de identidad y valores.

III. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA

La Constitución Mexicana de 1917, la primera constitución social, al incluir en su texto un capítulo sobre el derecho de los trabajadores y seguridad social, es la ley suprema de toda la Unión junto con las leyes que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados por el presidente de la República, con aprobación del senado (art. 133).

Nuestra Constitución garantiza la economía mixta, la no reelección y la renovación del gobierno. Oficialmente ha sido definida de corte "liberal social".

El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial (art. 49) que *no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación*.

El Poder Legislativo se deposita en un congreso general, que se dividirá en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores (art. 50).

El Poder Ejecutivo se deposita en un solo individuo que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos" (art. 80).

⁸ CORDOVA, Arnaldo, *La ideología de la Revolución Mexicana*. ERA, octava ed. México 1980, pp. 31 y ss.

El Poder Judicial de la Federación se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en Tribunales de circuito, colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación y juzgados de Distrito (art. 94).

Los nombramientos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia serán hechos por el presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores... (art. 96).

Los magistrados de circuito y los jueces de distrito serán nombrados por la Suprema Corte (art. 97).

En el Distrito Federal, los nombramientos de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Diputados. Los jueces de primera instancia, menores y correccionales, y los que con cualquiera otra denominación se creen en el Distrito Federal, serán nombrados por el Tribunal Superior (art. 73).

A nivel estatal, todos los magistrados son nombrados por los gobernadores de los estados y ratificados por las legislaturas locales. En la Constitución original de 1917, las legislaturas de los estados proponían los candidatos y el congreso hacía la designación entre los propuestos. "El sistema garantizaba teóricamente una real independencia de la rama judicial; por lo mismo, era peligroso para la clase gobernante".⁹

Estas facultades del presidente, junto con otras de carácter económico, otras de carácter extraordinario, junto con las que se le conceden en el artículo 89 constitucional, más el poder que de hecho tiene el presidente, conforman el presidencialismo mexicano.

Del presidencialismo nos dice Arnoldo Córdova:

El Estado de la Revolución Mexicana se caracteriza entre otros rasgos, por una extraordinaria, permanente y progresiva concentración de facultades constitucionales en la institución presidencial. Con mucho se trata del elemento más importante, el que domina a todos los demás, y el que define, en su esencia y en su funcionamiento al actual Estado mexicano... la ilimitada concentración de poderes en el ejecutivo de la unión ha acabado por desvirtuar y pervertir el proyecto federal... el presidencialismo ha ahogado desde su cuna el equilibrio y la autonomía de los poderes, de manera que todos ellos aparecen irremediamente sometidos al ejecutivo.¹⁰

⁹ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional Estatal*, Porrúa, México 1988, p. 268.

¹⁰ CORDOVA, Arnaldo, *La Revolución y el Estado en México*, ERA, 1a. edición, México 1989, p. 269.

IV. SEGURIDAD

En su sentido amplio "seguridad" indica la situación de estar seguro frente a un peligro. El concepto de seguridad varía según sea el tipo de peligro con el cual se relaciona.¹¹

La seguridad de la vida social implica la seguridad jurídica, ya que ésta es la seguridad de que todos los demás respetarán sus bienes y las vidas ajenas, dice Jorge Adame, por lo que la sociedad debe asegurar mediante la coacción pública que esto se cumpla. La seguridad en la vida social es el motivo principal histórico o social del nacimiento del Derecho.¹²

Jorge Adame define la seguridad jurídica como "la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente". Observándose desde dos aspectos: subjetivo, que es la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados, siendo necesarias las condiciones para ello como la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etcétera; desde el punto de vista objetivo es el equivalente a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.

Para Kelsen, la eficacia del orden jurídico total, es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran. La validez, a su vez, se encuentra determinada por el orden al cual pertenecen las normas. Las normas son válidas en cuanto son constitucionalmente creadas. Permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determina, "este es el principio de legitimidad".¹³ Para Kelsen el principio de legitimidad está restringido por el de eficacia.

Jorge Adame insiste en que la eficacia no basta por sí sola para que exista seguridad, sino que es necesaria también la justicia, o sea que se cumpla con el criterio de dar a cada quien lo suyo. "Si falta o falla ese criterio de justicia se corre el riesgo de asegurar el cumplimiento de conductas cuya realización más bien infunden temor que paz. La segu-

¹¹ ADAME G., Jorge, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, REP-Z, Porrúa, México 1985, pp. 98-99.

¹² RECASENS SICHES, citado por Adame, *op. cit.*

¹³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, pp. 137 y ss.

ridad jurídica implica por lo tanto no sólo que el orden social sea eficaz sino que también sea justo".¹⁴

Para Sebastián Soler, la seguridad jurídica es el resultado de una serie de factores: heteronomía, claridad de leyes, división de poderes, independencia del poder judicial, irretroactividad y cosa juzgada.¹⁵

Soler afirma que la heteronomía significa la exterioridad de la norma que se cumple independientemente de la voluntad del súbdito. La heteronomía se destruye cuando las normas no conservan un mismo carácter ante los jueces.

En cuanto a la irretroactividad, Fix Zamudio explica que no se ha logrado un criterio unánime para su definición, no hay un criterio preciso; sin embargo, explica la retroactividad como la afectación de situaciones o derechos surgidos con anterioridad; también hay retroactividad cuando se lesionan los efectos posteriores de las situaciones o derechos que ya habían surgido y que están estrechamente vinculados de manera que no pueden apreciarse independientemente. El mismo autor precisa que la jurisprudencia ha establecido dos excepciones, la primera cuando se trata de disposiciones constitucionales y la segunda cuando se trata de disposiciones de carácter procesal cuando no menoscaban derechos adquiridos o etapas del procedimiento ya consumadas.¹⁶

Cosa juzgada es el hecho sentenciado de manera irrevocable, implicando la imposibilidad de un juicio posterior.

En nuestro sistema jurídico, no hay mayor problema con el principio de retroactividad y con el de cosas juzgadas, generalmente, puesto que no dejarán de haber excepciones.

En cuanto a la validez de las normas, más de una ocasión ha habido para discutir leyes o normas de constitucionalidad dudosa cuyo proceso de creación implica todo mecanismo jurídico político inherente a nuestro sistema político.

Por otra parte, en muchos casos nos encontramos con leyes secundarias que se convierten en un verdadero caos, mediante el cual el gobierno define los mecanismos de fortalecimiento de sus políticas fisca-

¹⁴ ADAME G., Jorge, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵ SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, FCE, México 1969, primera ed. pp. 183 y ss.

¹⁶ ZAMUDIO, Fix, Comentario al art. 14 constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985.

les, económicas, así como rige sus planes en materia de educación, salud, vivienda, materia administrativa, planes sectoriales, etcétera.

No solamente nos encontramos con contradicciones entre disposiciones legales, sino que existen casos en que la ley es letra muerta. Ejemplo de este último caso es el reglamento de reclusorios del Distrito Federal publicado en el *Diario Oficial* el 24 de agosto de 1979, o el Código Penal en lo concerniente a las medidas de seguridad o su capítulo referente al tratamiento de inimputables. El centro de salud para enfermos mentales que debían recibir tratamiento se convirtió en el reclusorio y penitenciaría de mujeres (o sea, se encuentran ahí tanto las que están en proceso como las sentenciadas, violando el artículo 18 constitucional, existiendo hasta ahora un sólo reclusorio, si así se puede decir, puesto que el reclusorio oriente tiene ya una sección para mujeres).

Al convertirse el centro de salud del DDF de Tepepan en el reclusorio de mujeres, inicialmente a los enfermos los ubicaron en una área de ese mismo lugar, pero como estaba junto a la guardería, hubo protestas y a los enfermos los llevaron al reclusorio sur, eso sí, "separados de los internos del reclusorio".

La Constitución ha sufrido más de 300 reformas desde su vigencia, nos dice Agustín Pérez Carrillo, que afectan la interpretación jurídica que corresponde al Poder Judicial, sobre todo "en el control de la constitucionalidad de las leyes, a mayores reformas menor interpretación judicial".¹⁷

Desgraciadamente la "reformitis" del sexenio pasado persiste en el presente y tal vez con más fuerza, de manera que no da tiempo de saber si una reforma a una determinada ley sirve o no cuando ya la están reformando otra vez. En algunos casos se llega al absurdo; por ejemplo, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, fue reformada para su "modernización", y curiosamente en el título octavo respecto a los medios de apremio y de la ejecución de los laudos, en su capítulo primero artículo 148 especifica que el tribunal federal de conciliación y arbitraje para hacer cumplir sus determinaciones, podrá imponer multas hasta de *mil pesos*. En el capítulo segundo insiste en que dicho tribunal tiene la *obligación de proveer a la eficacia e inmediata ejecución de los laudos, y a este efecto dictará todas las medidas necesarias en la forma y términos que a su juicio sean pro-*

¹⁷ PÉREZ CARRILLO, Agustín, "Crisis y renovación del estado de Derecho", en *Alegatos* 10, sep.-dic., 88, pp. 118-128.

cedentes (art. 150) y en el artículo 151 se ordena que cuando la demanda no cumpla con la resolución, se procederá conforme el capítulo anterior.

O sea que, por más reformas y modernizaciones que ha habido, el gobierno federal tiene a bien dejar para la eternidad las multas o medios de apremio que pueda "sufrir", mientras que a los particulares cada año les aumenta los impuestos, las multas y endurece las sanciones.

En este ejemplo se puede observar cómo el principio de heteronomía queda en entredicho. Además de ser un claro caso en que el Estado es juez y parte, al presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje lo designa el Presidente de la República (art. 118). El tribunal funciona por salas integradas "por un Magistrado representante de los trabajadores designado por la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado y un Magistrado tercer árbitro, que nombrarán los dos primeros y que fungirá como presidente de sala" artículo 118.

Para que no exista remedio al conflicto entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores, es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia quien conocerá de dichos conflictos.

La división de poderes y la independencia del Poder Judicial son constantemente puestos en duda. Es imposible la independencia de un Poder Judicial nombrado por el Poder Ejecutivo tanto a nivel federal como estatal. Hasta el día de hoy es irrelevante que el nombramiento sea ratificado por el Senado, de mayoría priísta. Las consecuencias se reflejan en la vida cotidiana del ejercicio judicial.

Así tenemos que la Suprema Corte de Justicia en amparos contra leyes inconstitucionales, raramente declarará la inconstitucionalidad de la ley. El mecanismo es simple en todas las acepciones de la palabra, un ejemplo basta: en el amparo 92/84-B radicado en el juzgado octavo de distrito en materia penal en el Distrito Federal, resultó el día 24 de mayo de 1984, en el considerando décimo, parte final indica: "Toda vez que son infundados los conceptos de violación hechos valer en contra del artículo 30 de la Ley de Extradición Internacional, atendiendo a que la misma, sigue los cauces correspondientes, fue refrendada y firmada por los secretarios de despacho señalados como responsables, en debido cumplimiento a la atribución que tenían conferida por el artículo 92 de la Constitución General de la República. Por lo anterior al emanar tales actos de una disposición expresa de la Cons-

titución Federal de la República, resulta inexacta la violación de garantías que pretende hacer valer la parte quejosa". Este criterio fue confirmado en el amparo en revisión número 8396/84 Pietro Antonio Arisi. Contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades. Primera Sala de la SCJ. Esto quiere decir que las leyes siempre serán constitucionales en cuanto para su creación han seguido todos los "cauces correspondientes". En otras palabras, la facultad constitucional otorgada a cualquier autoridad absorbe el ejercicio mismo de esa facultad. En resumen, las autoridades nunca violan las garantías constitucionales del individuo por el simple hecho de ser autoridad. En este caso el poder ejecutivo o legislativo siempre seguirán la constitución.

Debe observarse el lugar más común de nuestro sistema, la contradicción entre el ser y el deber ser. El Estado de Derecho queda en abstracto, para la retórica.

Respecto al ejercicio del Poder Judicial, Agustín Pérez Carrillo apunta:

Se han presentado amparos por estimarse que se viola el principio de división de poderes, sosteniendo la SCJ que la Constitución prohíbe la unificación de dos o más poderes en uno, mas no que un poder desempeñe alguna función ejecutiva o jurisdiccional y que el propósito del artículo 49 constitucional es evitar la posibilidad de una dictadura constitucional que se daría cuando en un poder se reunieran dos o más, pero no cuando la misma Constitución previene flexibilidad en la división de poderes.¹⁸

Volvemos a lo mismo, con este criterio nunca podrá violarse el artículo 49 constitucional.

Ministros de la Suprema Corte nombrados por fidelidad al PRI, o en el peor de los casos, funcionarios que por muy doctos que sean han sido ajenos al Poder Judicial, no pueden ser independientes del criterio del ejecutivo, menos aún en un sistema presidencialista como el nuestro.

Atravesamos una etapa de inestabilidad político-social creada a partir del desequilibrio de fuerzas entre los grupos o clases en juego en la división de trabajo del sistema socio-económico imperante, la incapacidad de crear consenso y la incapacidad de resolver las presiones, así como el desequilibrio de fuerzas, se refleja en el trabajo legislativo o de interpretación y aplicación de las leyes durante el sexenio pasado.

¹⁸ PÉREZ CARRILLO, Agustín, *Ibid*, nota 13.

La respuesta al problema de la lucha por la tierra, a la demanda por mejorar los bajos ingresos de los productores ejidales y comunales, agudizó ese desequilibrio. Así tenemos que se redistribuyeron las facultades de las autoridades agrarias. Mientras que el artículo 27 fracción XIII de la Constitución, señala que la dependencia del ejecutivo y el cuerpo consultivo agrario dictaminará sobre la aprobación, rectificación o modificación de los dictámenes formulados por las comisiones mixtas, se informará al Presidente de la República para que éste dicte resolución como suprema autoridad agraria; el artículo 304 de la Ley de la Reforma Agraria fue reformado para disponer que si el cuerpo consultivo considera que no procede la dotación de la tierra, el expediente no llegará hasta el presidente.

De esta manera, dice Jorge Fernández Souza,¹⁹ la garantía a la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal o comunal del artículo 27 constitucional fracc. XIX, o el derecho de bienestar, participación e incorporación en el desarrollo nacional, así como los otros derechos señalados en la fracción XX del mismo artículo, tales como créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica, "han tenido vigencia sólo en el texto".

Además ahora el artículo 227 de la mencionada ley, otorga a los gobernadores de los estados la facultad de calificar, antes del inicio del procedimiento, si los solicitantes reúnen los requisitos para iniciar el trámite; con esta reforma, dice Fernández Souza, el núcleo de población solicitante puede ver sus aspiraciones por los suelos.

En materia laboral se estrecharon los criterios de aplicación de la ley, fueron suprimidos derechos adquiridos en contratos colectivos, o éstos fueron recortados y se aplicaron criterios fuera de la ley, como analiza Jorge Fernández.

En lo que respecta a los solicitantes de vivienda o asociaciones de vecinos y procedimiento inquilinario, en muchas ocasiones se utilizó la fuerza pública para realizar desalojos, en muchos casos masivos, mediante procedimientos sumarísimos y de legalidad dudosa.

El profundo desequilibrio entre los grupos resultantes de la división del trabajo se ha agravado quedando visible la oposición entre las clases sociales. Hay falta de consenso que provoca dudas de legitimidad.

En un sentido genérico, legitimidad es casi sinónimo de justicia o razonabilidad, en sentido específico, dice Levi²⁰ es el atributo del Es-

¹⁹ FERNÁNDEZ SOUZA, Jorge, "La precaria vigencia de los Derechos Sociales", en *Alegatos*/10, sep.-dic. 88, pp. 73-78.

²⁰ LEVI, Lucio, *Ibidem*.

tado que consiste en la existencia de un grado tal por parte de una parte relevante de la población, que asegura la obediencia "sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la violencia".

Para Levi, la creencia en la legitimidad es el elemento integrante de las relaciones de poder. Así, en los periodos de estabilidad política y social, la capacidad de influir en la formación de la conciencia social es determinante para aquéllos que la división del trabajo ha colocado en el vértice de la sociedad, ya que podrán condicionar el comportamiento de los que no tienen un lugar privilegiado; sin embargo, éstos idealizan su pasividad y sus sacrificios en nombre de principios absolutos capaces de hacer realidad su deseo. Pero "cuando el poder está en crisis porque su estructura ha entrado en contradicción con el desarrollo de la sociedad, entra también en crisis el principio de legitimidad que lo justifica".²¹

Como ya se mencionó, la crisis económica agudizada desde el sexenio pasado, hizo perder las esperanzas de superar el estancamiento en que ha caído el país, y repercutió principalmente sobre las clases oprimidas. El discurso de la política de la "Revolución" hecha gobierno, el concierto de las clases sociales y el gobierno basado en la confianza del pueblo, que han logrado la estabilidad política, están desvaneciéndose en aras de la modernidad, dando paso a un gobierno que llegó reprimiendo arrebataudamente. En los primeros treinta días del gobierno de Carlos Salinas de Gortari fueron asesinados cinco líderes campesinos y desapareció un militante del P.R.T., José Ramón García, en la primera semana de diciembre. Fue reprimido criminalmente el mitin de presos en la cárcel de Tepic, Nayarit, sin que hasta la fecha exista una explicación legal de la ejecución de 13 presos.

Podemos afirmar que los primeros cuarenta días del gobierno de Salinas de Gortari fueron de franco descontento, ya gestado desde las elecciones presidenciales.

Miguel Aroche Parra,²² desde inicios de enero de este año, afirmaba acertadamente que la seguridad pública "tiene mucho que ver con el descontento popular, apuntando que el aparato represivo contrainsurgente fue montado para aterrorizar y para "convencer" no sólo al hampa, maleantes y asaltabancos, sino también en contra de los disidentes y opositores políticos.

La ola de críticas tanto a la represión ejercida como a la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional de la Secretaría de Protección y Vialidad (dirección que fue suprimida más tarde), fue tal, que Emilio González, presidente del Congreso de la Unión, afirmó que en México se gobierna con firmeza, base jurídica y sentido común, señalando que el presidente cumple con la ley, y eso no es gobernar con mano dura.²³

Con la industria nacional estancada, el aumento de empresas transnacionales que convierten al país en maquiladora, junto con la mayor penetración cultural, la despolitización y apatía de masas, sumados al fraude electoral institucional pero que cobró relevancia tanto nacional como internacionalmente en julio de 1988, surgió sin consenso y por lo tanto sin legitimidad el gobierno de Carlos Salinas de Gortari.

Sin embargo, la elasticidad y la capacidad de reacomodo de nuestro sistema político, no se perdió totalmente. El encarcelamiento de ex-dirigentes, políticos, empresarios y ex-policías, y el triunfo del PAN en una gubernatura, recuperaron la credibilidad, al menos por parte de ciertos sectores de la clase media, y mejoró la imagen internacional.

Pero por otra parte, las tensiones con el P.R.D., y los grupos marginales va en aumento. Existe una democratización aparente que ha permitido recuperar la credibilidad en la misma proporción en que aumenta la represión selectiva.

Podemos caracterizar al actual gobierno (al menos hasta ahora) como un gobierno dominante, es decir, "un grupo social es dominante en la medida que tiende a liquidar o someter a sus adversarios aun con el uso de la fuerza".²⁴

Al crecer las tensiones y el descontento popular, la delincuencia ha ido en aumento, y ante la incapacidad del gobierno para resolver las tensiones, presiones y descontento, ha aumentado la represión, de legalidad francamente dudosa o nula, para citar sólo un ejemplo, las famosas "razzias".

²³ *Excelsior*, 4 de mayo de 1989, ver anexos II.

²⁴ JIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, Estado y Discurso*, UNAM, México 1983, segunda edición, p. 21.

La dominación la contrapone a la hegemonía, definiendo ésta como la dirección política que supone la capacidad de interpretar y representar eficazmente los intereses de los grupos afines y aliados. Nosotros agregaríamos también, la capacidad de canalizar y resolver los intereses de los distintos grupos de presión y de la sociedad en general. Entendiendo por grupos de presión "La asociación de individuos cuyo objetivo es influir en el gobierno de modo favorable para los intereses del grupo, que busca ver traducidos sus intereses en determinadas políticas públicas" (Ma. Amparo CASAS, "Los empresarios como grupo de presión". Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año II, núm. 5, 1967, pp. 331-333.

²¹ LEVI, Lucio, *Ibidem*.

²² *Excelsior*, 7 de enero de 1989, p. 6.

Si es que alguna vez existió en México la criminología y su aplicación, ahora sólo quedan en la doctrina y el discurso, para dar paso a los modernos métodos policíacos.

En 1983 la Dirección General de Reclusorios del Distrito Federal dependía de la Secretaría de Desarrollo Social del DDF, en 1987 de la Secretaría General de Gobierno del mismo DDF, ahora de la Secretaría de Protección y Vialidad, la que a su vez era dirigida por un sujeto denunciado públicamente como torturador en administraciones no muy lejanas.

Los hechos hablan por sí solos por más que las autoridades nos hablen del Estalo de Derecho, Derechos Humanos, etcétera; es lamentable que la policía, que ahora más que nunca ha sido golpeada por el propio gobierno, deba dirigir los reclusorios. Hoy en día todavía hay denuncias sobre cárceles clandestinas (ver anexos). Sobre todo, que con ello muestran la realidad de la política represiva y de control social, dice Massimo Pavarini que "la ilusión de poder resolver positivamente los problemas de malestar social fue el signo que acompañó la imposición del Estado de bienestar; sin embargo, la crisis económica prosigue y la política criminal tiende cada vez más a atrofiarse para reducirse a la política del orden público, a la política del orden de las calles. . . si es cierto que en el estado actual de la crisis nuestra sociedad invierte cada vez más en los aparatos de control y seguridad y cada vez menos en los servicios sociales, se puede decir que en la medida que existe cada vez más necesidad de policías, tiene también cada vez menos necesidad de criminólogos".²⁵

Junto con la crisis y desconfianza en la autoridad ante la obvia contradicción entre los actos y el discurso, y como ya ha quedado señalado, la pasividad política genera apatía moral, y ésta provoca la pérdida de perspectiva de la población, que ante la delincuencia descontrolada acaba justificando cualquier política de represión por ilegal e inhumana que ésta sea.

Es así como no faltan quienes manifiestan que el aumento de criminalidad se debe a la falta de mano dura y que la delincuencia no tiene nada que ver con crisis de ninguna naturaleza.

Respecto a la política policíaca, debemos decir que es donde encontramos un claro ejemplo de contradicción entre el discurso y los hechos de nuestras autoridades. Como principio para tratar al delincuente, des-

²⁵ PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*. Siglo XXI, México, 1983, pp. 166-67.

de el artículo 18 constitucional se nos indica que el sistema penal será sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación "como medios para la readaptación social del delincuente".

Parece ser que se ha olvidado estos "medios". Se habla de la aplicación del derecho pero para nada se ha hablado de dichos medios, ahora que se ha formado un escándalo sobre el "lujo" en que vivían algunos "narcotraficantes" en los reclusorios. Si bien, los reclusorios no son "escuelas de señoritas", tampoco son establos y parece ser que se está olvidando respetar la dignidad y los derechos elementales de los internos,²⁶ dejando de hacer una consulta tanto a los internos como a sus familiares, éstos últimos parece ser que también deben sufrir la pena impuesta al interno (ver anexo tres).

No obstante que el Reglamento de Reclusorios es letra muerta, que tiene en realidad verdaderas innovaciones, ya están hablando en la asamblea de representantes del Distrito Federal de reformarlo.

Por otra parte, se habla de "la aplicación de la ley" mientras que se crea la categoría de *peligrosidad*, sin fundamento legal alguno, bajo criterios meramente policíacos y de represión. Es inadmisibles que un sujeto que conforme a derecho es inocente —mientras no se demuestre lo contrario— se le cataloga pre-judice, como delincuente peligroso. Este extremo "viola el principio *nullum crimen sine conducta*, puesto que no se impone la pena-medida, por lo que el sujeto hace, sino por lo que es, por su estado peligroso de delito".²⁷

Y por otro lado, respecto de las medidas de seguridad es nula la tarea que se realiza al respecto, baste recordar cómo se desapareció el hospital para delincuentes inimputables del DDF.

No es suficiente el ajustarse a derecho, sino que el orden jurídico debe ser legítimo y en la presente coyuntura, está perdiendo legitimidad, ya que las normas cada vez más se alejan de un consenso nacional, puesto que no reflejan o expresan intereses generalizables sino que se basan en la coacción,²⁸ y como dice Jorge Adame al definir la seguridad jurídica, se corre el riesgo de asegurar el cumplimiento de conductas cuya realización infunden más temor que paz, y desde luego, el Estado se ve en la necesidad de acudir cada vez más a la violencia.

²⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primer Informe, "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina", Depalma, B.A. 1984.

²⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Ibidem*.

²⁸ Ver HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu editores, B.C. 1973, p. 175.

V. VIOLENCIA

La acumulación concentrada de la riqueza, imposibilita el progreso de las clases medias y convierte a técnicos y profesionistas en asalariados, mientras que se pauperizan aún más los que ya viven en la miseria.

La acumulación de la riqueza, además, subordina a campesinos, artesanos, pequeños industriales y comerciantes, que antes eran independientes. Mientras que el sistema político satisface desigualmente las demandas de las clases sociales, provoca tensiones y frustraciones de los insatisfechos.

A todo esto sumamos la desorganización política y la falta de alternativas reales y tenemos por resultado la atomización del individuo imposibilitado de impregnar de sentido su realidad.

La sociabilidad es básica, y la separación del individuo de la sociedad, dice Habermas, tiene por peligro esa falta de sentido, donde el individuo está sometido a tensiones insoportables y sumergido en un mundo caracterizado por el desorden, el sin sentido y la locura.²⁹

Ante la inseguridad y frustración del individuo, surge la violencia.

En primer lugar, debemos considerar la violencia estructural, definida por Carmen Cano y Ma. Teresa Cisneros "como aquella que se da dentro de la propia estructura social como consecuencia de la misma".³⁰

Aunque no ha podido establecerse una definición totalmente satisfactoria por expertos internacionales del término "violencia",³¹ podemos decir que la violencia no solamente corresponde a la fuerza o coacción física o amenazas; o el comportamiento de muchos seres humanos en el que dejan a su fuerza física que actúe sin dirección o control sobre algo o alguien, provocando generalmente daño o destrucción,³² sino que la violencia también implica la fuerza que se le hace a una cosa o persona para sacarla de su estado, modo o situación natural³³ o la presión

²⁹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 142.

³⁰ CANO, Carmen y Ma. Teresa CISNEROS, *La dinámica de la violencia en México*, UNAM, Acatlán, México 1980, primera edición, p. 31.

Definen "estructura social" como "todos aquellos atributos de los grupos sociales y tipos de cultura gracias a los cuales pueden captarse como todos compuestos o como complejos constituidos por pautas independientes", p. 31, nota 32.

³¹ Ver LÓPEZ REY, Manuel, *Criminalidad y uso del poder*. Ed. Tecnos, Salamanca, 1983, p. 73.

³² *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, p. 408, GARCÍA MENDIETA, Carmen, *Diccionario Fundamental del Español en México*, Colegio de México, FCE.

³³ *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes*, t. XXII, MONTAMER y SIMÓN, Barcelona, W.M. Jackson Inc. N.Y.

fuerte y brusca de alguna cosa o de una persona sobre las emociones o los sentimientos de otra.

Jurídicamente, en la violencia la voluntad está viciada por el temor, de manera que la libertad de decisión del sujeto queda casi eliminada.

"Se puede concluir que la violencia estructural nace porque los individuos o grupos sociales son condicionados o influidos de tal forma que sus realizaciones afectivas, somáticas y mentales no llegan a su plenitud en igualdad de circunstancias por las regulaciones sociales, por los tiempos sociales, ideologías, patrones de trabajo, de vida, acceso a los centros de decisión, escala de valores. Se establece multiplicidad de jerarquías, cuadros básicos, órdenes, esferas y planos estructurales".³⁴

Es en el ámbito de la convivencia social, donde, dice Habermas, la complejidad creciente engendra nuevas contingencias sin que aumente en la misma proporción la capacidad para manejarlas:

"Los conflictos sociales son desplazados al plano de problemas psíquicos, siendo imputados entonces a los individuos como un asunto privado, mientras después, esos conflictos anímicos repolitizados en la misma protesta son recapturados, es decir, transformados en problemas susceptibles de manejo administrativo e institucionalizados como testimonio de la existencia de márgenes de tolerancia efectivamente aplicados".³⁵

La violencia estructural³⁶ genera la conducta desviada, la violencia individual, la respuesta violenta y éstas, a su vez, la violencia institucional.

La violencia individual es generada por la impotencia por lograr, o temor a no lograr o perder, la necesidad de afirmación o por frustración y sentimiento de injusticia.

La respuesta violenta representa el desafío al monopolio del poder pretendiendo reformarlo o destruir el proceso social, dicen Carmen Cano y Teresa Cisneros,³⁷ como ejemplo de ello en nuestro país en la historia reciente podemos mencionar el movimiento armado o guerrilla urbana de los años 70's.

³⁴ CANO, Carmen, y Ma. Teresa CISNEROS, *op. cit.*, p. 33.

³⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 154.

³⁶ Ver CANO Carmen y Ma. Teresa CISNEROS, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

³⁷ *Ibid.*, p. 25.

La violencia institucional la define López Rey como la llevada a cabo por un funcionario, empleado o agente, en ocasiones circunstanciales, como consecuencia de un plan de acción establecido desde arriba con fines de represión.³⁸

Para Manuel López Rey, la violencia institucional es legítima cuando "la institución y sus agentes y más particularmente los organismos principales del Estado, actúan dentro de los límites de la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

Nosotros añadiremos que debe ser aplicada estrictamente dentro de los marcos jurídicos establecidos legítimamente.

La violencia institucional puede convertirse en criminal cuando la violencia ejercida por las instituciones encargadas de su mantenimiento está fuera de la ley, dice López Rey, pero con la convicción de que "si bien se cometen delitos la institución hará lo posible por mantener la impunidad del culpable, sea éste miembro o no de los servicios a cargo del cumplimiento de la ley", nuestro caso típico, que aunque se está eliminando la corrupción en la policía de todo el país, tenemos la duda de la moralización en cuanto al empleo de la tortura.

Además que en última instancia, serán las propias autoridades las que decidan si hubo o no tortura. Recordemos que ahora los reclusos están en manos de la policía, lo que implica que si en el reclusorio no aceptan el acceso de un médico particular que otorgue el certificado correspondiente, el médico legista no lo hará. Además, se dan casos en que el juzgado no hace la certificación correspondiente.

La violencia institucional es represiva cuando la fuerza monopolizada es llevada al extremo ante la incapacidad del Estado para generar consenso, o de resolver adecuadamente las demandas o presiones de los grupos de presión y de la sociedad en general. Cuando menos se expresen intereses generalizables a través de las normas, y cuanto menos eficaz sea el Estado para la utilización de métodos disuasivos, disciplinarios e ideológicos, más necesidad tendrá de recurrir a la represión. Ejemplo en nuestro sistema es la nula o casi nula aplicación de medidas de seguridad y la inexistencia de una auténtica política de prevención del delito.

³⁸ LÓPEZ REY, Manuel, *op. cit.*, pp. 72 y ss. Este mismo autor define "Institución" como lo que es parte del Estado estructuralmente, significando la organización de una función específica estatal que para ser efectiva requiere no sólo de una estructura adecuada, sino autoridad, poder, y los medios para hacer respetar a la primera y ejercer el segundo, p. 61.

La juventud, sector que más incurre en la delincuencia, no tiene opciones para ocupar su tiempo libre, cada vez mayor debido al desempleo.

La violencia represiva siempre se justifica y desde luego es aplicada "dentro del marco jurídico", produciendo así un desplazamiento cada vez más profundo de la legitimidad hacia la legalidad, aplicándose con mayor frecuencia el concepto de "Seguridad Nacional" (se ha declarado que la lucha contra el narcotráfico es de seguridad nacional, lo mismo que el problema de los refugiados centroamericanos).

El término de "Seguridad Nacional", aunque "no tiene un significado preciso, generalmente se refiere a todos aquellos programas, medidas e instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o por una agresión externa, no sólo implica capacidad militar, sino la habilidad del gobierno para funcionar eficazmente y satisfacer los intereses públicos. . ." ³⁹

El concepto de seguridad nacional se contrapone al Estado de Derecho que fue concebido como opuesto al poder ilimitado, no basta con aplicar el "derecho" sino que debe regirse, insistimos, en el consenso.

Los asuntos de "seguridad nacional" aumentan cada día y esto implica que la mayoría de las veces se pasen por alto los derechos elementales del hombre.

A la política de "seguridad nacional" la acompaña, en la actualidad, una sociedad atemorizada y atomizada, en descomposición, que se aleja de lo que, irónicamente, es el fin de la sociedad, el desenvolvimiento social de cada ser humano.

³⁹ OROZCO, Jesús, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, pp. 99-100.

NUREMBERG, 45 AÑOS DESPUÉS

(Apuntes para un *Ius post bellum*)

Gisela A. Oscós SAID

SUMARIO: 1. *Una mirada sobre el siglo*. 2. *La guerra, pretexto para el cambio*. 3. *La creación de una jurisdicción*. 3.1. *Las opciones jurisdiccionales*. 3.2. *Un estatuto polémico*. 3.3. *La elección de una jurisdicción improvisada*. 3.4. *Los esfuerzos para la convalidación del yerro*. 3.5. *La legitimación del Tribunal*. 4. *Los principios de Nuremberg*. 5. *Un nuevo orden de Derecho Internacional*. 6. *El planteamiento de una auténtica Justicia Internacional*. 7. *Los privilegios de la victoria*. 7.1. *La justicia de los vencedores*. 7.2. *Necesidad de castigar*. 7.3. *La culpa en los vencidos y vencedores*. 7.4. *La facultad de enjuiciar*. 7.5. *Jueces y partes*. 8. *Propuesta: una justicia para los criminales*.

1. UNA MIRADA SOBRE EL SIGLO

Faltando apenas una década para el final de centuria, una visión retrospectiva en un plano universal, identificaría como los momentos decisivos del siglo XX a los grandes cambios, pacíficos o convulsos, que en los ámbitos social, económico, político y cultural han acaecido en el periodo.

La tradición del *novecientos* refleja un juego de modificaciones y tránsitos, de búsquedas y recomposiciones que no siempre han seguido la vereda de lo gradual; las notas de vertiginosidad y violencia han acompañado en no pocos momentos a las manifestaciones del siglo, en el que tampoco han faltado, como en todas las épocas, los avances serenos del proverbial sentido evolutivo humano.

Dos momentos, entre otros, han calado con crudeza la memoria internacional, no porque eclipsaran a otros acontecimientos en importancia, sino por la trascendencia de sus causas y consecuencias que han marcado el carácter de las décadas posteriores: las dos grandes guerras acaecidas en la primera mitad del siglo. Como catalizadores, indudablemente han transformado el ritmo histórico y la dirección de las conciencias.

Haciendo a un lado otras consideraciones, el conflicto de los años 1939-1945 —presente aún en la memoria de quienes no lo testimoniamos— serviría para mostrar una vez más que los avances logrados mediante el *ingenio civilizador* podrían conducir, en su uso más irracional e insensible, a la búsqueda, desarrollo y manutención de formas de dominio egoístas, en la ausencia de cualquier espíritu ético o humanitario.

2. LA GUERRA, PRETEXTO PARA EL CAMBIO

Al término de la Segunda Guerra, la sacudida que experimentaron los pueblos, vencidos y vencedores, motivó el repudio público por la serie de actos cometidos. Las convicciones antibelicistas y el desgaste sufrido, preparaban un campo aparentemente propicio para una evaluación integral del género humano y su obra, que podría culminar en un giro en la visión que sobre sí mismo guardaba —en vista de lo acontecido y a la luz de consideraciones axiológicas y jurídicas—, para presagiar el futuro de la humanidad en conjunto.

Si bien el propósito inmediato era la reconstrucción, la condena unánime hacia las potencias del Eje y particularmente al sistema jurídico alemán, —hecha pública aún antes del término de la contienda—, nunca perdió vigencia; se hacía evidente que un *sistema legalista* no es por fuerza un *sistema justo*:

El nacionalsocialismo supo maniatar a sus secuaces... por medio de dos principios: "órdenes son órdenes" y "la ley es la ley". El principio "órdenes son órdenes" nunca gozó de validez ilimitada. La obligación de obediencia cesaba respecto de las órdenes orientadas hacia los fines delictivos de quien las daba... el principio "la ley es la ley" no conoció, por el contrario, ninguna limitación. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decenios predominó casi sin oposición entre los juristas alemanes. "Arbitrariedad legal" era por lo tanto una contradicción en sí, lo mismo que "derecho suprallegal". Sin embargo, la práctica se ve llevada a enfrentar una y otra vez con ambos problemas.¹

Aún prosigue la polémica en torno a la moralidad y justicia del sistema jurídico alemán como ejemplo del *derecho injusto*, pero en aque-

¹ RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad Legal y Derecho Suprallegal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., Arg., 1962, pp. 21 y 22.

llos momentos, la discusión sirvió para nutrir el expediente que se formaba contra las Potencias del Eje, consideradas autores de una serie de tropelías y actos conculcatorios "contra la humanidad" de tal envergadura, que aún cuando no hubiese precedente escrito alguno, aún frente a la carencia de norma expresa que los proscribiese, eran tan evidentemente inmorales e ilícitos que urgían sus pronto juicios y castigo. Con el término de la guerra se brindaba una nueva y triste oportunidad para el replanteamiento y definición de un orden jurídico internacional verdaderamente eficaz para la superación de los fallos y lagunas que habían inducido los conflictos que finalizaban, y para el logro de las auténticas solidaridad y cooperación para el desarrollo de los pueblos de la comunidad universal.

3. LA CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN

El punto siguiente, por tanto, radicaba en determinar si se hacía necesario el enjuiciamiento de los criminales de guerra, y de ser así, quién podría llevarlo a efecto, bajo qué estatuto normativo, con qué formalidades procesales y ante qué jurisdicción. En lo referente al primer aspecto, es decir, la necesidad de procesar en su momento a los criminales de guerra, la intención se hizo patente aún antes de que el conflicto bélico llegase a su fin. El 13 de enero de 1942, en el Palacio de St. James, en Londres, se reunieron los representantes de las fuerzas aliadas y emitieron una declaración a nombre de las "Naciones Unidas", en los términos siguientes:

Las Naciones Aliadas han clasificado entre sus principales funciones de guerra el castigo por medio de la justicia organizada, de los culpables o responsables de crímenes de guerra que los hayan ordenado, perpetrado o participado en ellos.²

Es de hacerse notar que faltando más de tres años para el fin de la guerra, cuando la victoria no se entreveía aún para ninguno de los dos contendientes, la idea de procesar a los *culpables* o *responsables de crímenes de guerra* no hacía distinciones respecto a los bandos de pertenencia de los criminales.

² Declaración de St. James en *Yearbook of the U.N.O.*, 1945-1946, p. 48. (La traducción es mía).

La siguiente declaración relevante, dada en Moscú el 1º de noviembre de 1943, fija las condiciones para el proceso de los oficiales y soldados alemanes y los miembros del partido nazi, bajo la jurisdicción de los estados en los que los delitos se hubieran perpetrado. El ámbito de vigencia de la declaración excluía, por tanto, a los criminales de guerra cuyos delitos no tuviesen localización geográfica determinada.

En Yalta, Crimea, el 12 de febrero de 1943, en la llamada Conferencia de los "Tres Grandes", se preparó un documento que señalaba:

...es nuestro inflexible propósito destruir el militarismo alemán; transportar o destruir todo el equipo militar alemán, eliminando o controlando toda la industria alemana que pudiera ser usada para la producción militar, someter a todos los "criminales de guerra" a la justicia para un rápido castigo y una exacta reparación, especialmente de las destrucciones realizadas por los alemanes; eliminar al partido nazi y todas las leyes, órganos e instituciones nazis, extirpar todas las influencias nazis y militaristas de los órganos públicos y de la vida cultural y económica del pueblo alemán y tomar, en armonía, todas las demás medidas en Alemania que sean necesarias para la paz y la seguridad del mundo...³

Con esto, las intenciones de procesar a los nazis quedaban firmemente establecidas. En cumplimiento de la Declaración de Moscú, al terminar la guerra, se establecieron tribunales en Estados Unidos, Rusia, Francia, Bélgica, Holanda y en la propia Alemania, para procesar a los delincuentes de guerra que hubiesen cometido violaciones en esos territorios. Alemania fue dividida en las cuatro zonas ocupadas y controladas por los principales aliados. Los procesos penales respectivos seguirían las formalidades de una Ley 10 emitida por el Consejo de Control Aliado de 20 de diciembre de 1945. Es en el artículo segundo de esta ley que se esbozan los tipos de los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, cuya concepción definitiva se haría en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Se detallan en el mismo documento, las penas y sanciones aplicables (pena de muerte, prisión perpetua o temporal, trabajos forzados, multa, confiscaciones y limitación de derechos); no admite como atenuantes o excluyentes de responsabilidad ni a la obediencia a la ley, ni la obediencia jerárquica.

³ Conferencia de Yalta, en *Yearbook of the U.N.O.*, 1946-1947, p. 23. (La traducción es mía).

La determinación de la forma de procesar a los criminales nazis cuyos crímenes no tuvieran una localización geográfica definida, sería el objeto de la reunión en Londres de los representantes de los Gobiernos de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia, para elaborar el hoy denominado "Tratado de Londres", firmado el 8 de agosto de 1945, cuyo artículo 1º señala el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de "...los criminales de guerra cuyos crímenes no tuviesen localización geográfica particular y que sean acusados individualmente o en su calidad de miembros de organizaciones o grupos o en ambas condiciones..."⁴ En la carta de Constitución del Tribunal Militar, de la misma fecha del Tratado, se determina la jurisdicción de la que estaba dotado, su estructura y funciones. Así se daba término a una amplia discusión en torno al tribunal que debería estar a cargo del procesamiento de los altos jefes nazis.

3.1. *Las opciones jurisdiccionales*

El jurista estadounidense Sheldon Glueck elabora —antes y después de ser constituido el Tribunal— interesantes reflexiones sobre el tema⁵ de las que concluye que para el proceso de los criminales de guerra podría recurrirse a cualesquiera de cuatro diferentes tipos de Tribunales, a saber:

- a) El Tribunal penal ordinario de cada nación; quizá el medio no idóneo debido a que por la territorialidad de las normas penales, cualquier juez sería incompetente por virtud de jurisdicción, para juzgar delitos cometidos en otro estado, añadiéndose el defecto de la lentitud de los procedimientos.
- b) La justicia militar de cada país, más oportuna al tratarse los delitos en cuestión de delitos del fuero militar; con ello se ahorrarían obstáculos jurisdiccionales y la sumariedad de los procesos sería una ventaja considerable.
- c) Una justicia militar conjunta, contando con representantes de los Tribunales Militares de cada uno de los Estados Miembros de las Na-

⁴ "Acuerdo para el establecimiento y castigo de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje", agosto 8, 1945 en "Official Documents", *The American Journal of International Law* (A.J.I.L.), vol. 30, núm. 4, october 1945, pp. 252-253. (La traducción es mía).

⁵ *Vid.* GLUECK, Sheldon, *War Criminals, their prosecution and Punishment*, Knopf, New York, 1946.

ciones Unidas; el desacuerdo surgiría en la elección de la ley y procedimientos aplicables.

d) Una Corte Internacional Penal. Al respecto, Glueck no encuentra conflicto alguno en torno a la jurisdicción sobre delitos cometidos en varios países o sobre la nacionalidad de los criminales y sujetos pasivos. Además se trataría de una "...representación de todos los países del mundo... por lo que no habría objeciones en cuanto a la soberanía o territorialidad o elección por el propio Tribunal de sus normas o estatuto, en base a la armonía con los principios civilizadores que fundamentan la mayoría de los sistemas legales".⁶

Ésta fue, con algunas variantes, la solución elegida para el caso en cuestión.⁷ Al constituirse un tribunal específico para el procesamiento de las responsabilidades individuales de crímenes de guerra, se establecía una jurisdicción *ex-post-facto* que nunca había sido ensayada, salvo en el caso específico del Káiser, al término de la primera guerra, a quien se consideró responsable de las "ofensas supremas a la Ley Internacional" y a la "santidad de los tratados" (artículo 227 del Tratado de Versalles). El artículo 228 del mismo instrumento estableció también la responsabilidad de los alemanes por la violación de las leyes y costumbres de la guerra y determinó el establecimiento de una jurisdicción compuesta por tribunales militares, formados de representantes de las potencias aliadas. Cierto es que en la práctica, los procesos seguidos

⁶ *Ibid.*, p. 32. (La traducción es mía).

⁷ Quincy Wright, jurista estudioso de la causa de Nuremberg, analiza los sistemas jurisdiccionales mencionados, ubicándolos como: 1) de Derecho Nacional, 2) de Derecho de Guerra, 3) de Derecho de Paz y 4) de Derecho Mundial, encontrando en todos ventajas y desventajas. Sin embargo, parece reconocer en los dos últimos mayores virtudes: "El proceso seguido bajo el Derecho Internacional de la Paz reivindicaría al Derecho y desalentaría futuras rupturas al mismo... con la desventaja de basarse en un fundamento legal controvertido..." objeción aplicable por igual a los procesos regidos bajo la "ley universal"; la virtud de éstos sería que "...ven hacia el futuro más que al pasado inmediato [con lo cual se puede asegurar un derecho que prevea lagunas criticables] existiendo materiales y elementos jurídicos suficientes como para nulificar la idea de que se trata de un derecho *ex-post facto*. Tales juicios serían los más satisfactorios para encausar a todos los criminales de guerra, para reivindicar la regla de Derecho, para desterrar los crímenes de guerra futuros, para satisfacer las demandas de reparación y para prevenir un daño posterior por parte de los propios criminales de guerra". En concepto de Wright, el Estatuto de Londres acoge de manera paralela y complementaria los cuatro sistemas. "War Criminals", en *A.J.I.L.*, vol. 39, núm. 2, apr. 1945, p. 283. (La traducción es mía).

ante dicha jurisdicción fueron irrisorios, pero ya existía una jurisdicción, que aunque con fallas, era atinente al caso.⁸

3.2 Un estatuto polémico

En segundo término, el asunto del estatuto aplicable y las formalidades procesales a seguir fue mucho más sencillo en el trámite, a la vez que polémico. La discusión que suscitó el estatuto a aplicarse ha continuado a través de la doctrina penal y penal internacional en vista de que planteaba una ruptura de principios elementales. El artículo 6º del Estatuto⁹ enuncia los crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal, para los que se determinaría una responsabilidad individual: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, amén del concepto de *conspiración*, bastante ambiguo. Pese a

⁸ Existían una serie de Convenios Internacionales que inducían la determinación de los delitos y crímenes internacionales, aún sin formulación concreta; así desde la Declaración de París de 1856, los Convenios producto de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, los Convenios de La Habana, el Tratado de Asistencia Mutua de 1923, el Protocolo de Conciliación y Arbitraje de 1925 y diversos pronunciamientos y Tratados que proscribían la agresión y el recurso a la fuerza y que proponen jurisdicciones diversas.

⁹ "Los siguientes actos o uno cualquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual:

a) *Crímenes contra la paz*: Es decir, planeamiento, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de Tratados Internacionales, Acuerdos y Seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes;

b) *Crímenes de guerra*: Es decir, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas: asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados, o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados, o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares.

c) *Crímenes contra la humanidad*: Es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes." "Charter of the I.M. Tribunal" en *op. cit.*, (4), pp. 260 y ss.

que en cierta medida, algunos conceptos encontraban su raíz en una previa normativa consuetudinaria y convencional internacional sobre los crímenes de guerra, otros, eran tipo de auténtica nueva creación; con ello se afectaba el principio penal *nullum crimen, nulla poena sine lege* y se daba entrada a la aplicación de delitos *ex-post-facto*, contrariándose el principio de legalidad penal. Por otro lado, los supuestos tipos penales son amplísimos, en vista de que el propio artículo señala que "... incluyen, pero no están limitados...", dando lugar a las interpretaciones extensivas que harían del juez un árbitro caprichoso y el creador de la ley concreta. Se invitaba a la interpretación analógica con un listado impreciso y ejemplificativo de tipos y calificativas a los mismos (*v.gr.*, "el pertenecer" a ciertas categorías de organizaciones "criminales" cuyo carácter delictivo hubiera sido pronunciado por el Tribunal Militar Internacional).

El artículo 11 del estatuto permite que una vez convictos por el Tribunal, los individuos pudiesen ser juzgados conforme a sus leyes nacionales y tribunales militares, y en consecuencia, imponerles una pena adicional a la determinada por el Tribunal Internacional, con lo cual se rompe el principio *non bis in idem*. El estatuto autoriza el proceso *in absentia* (art. 12º). No se admiten las eximentes de obediencia a superiores jerárquicos, ni el haber actuado en cumplimiento de la ley (arts. 8 y 9). No existe la posibilidad de recusar a los miembros del Tribunal ni a sus suplentes, ni por la fiscalía ni por los acusados o sus defensores (art. 3º). Por otra parte, el Tribunal estaba facultado para dictar sus propios reglamentos de procedimiento o los complementarios (pítulo sexto), se determina que las sentencias del Tribunal serán fundadas a la Carta (art. 13). En el punto relativo a "Fallo y Sentencia" (cadas, definitivas y no admitirán revisión (art. 26). No obstante, el artículo 29 señala que el Consejo de Control de Alemania, órgano ejecutor de las sentencias, puede en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, estando impedido de aumentar la severidad de las penas. El artículo 27, respecto a la imposición de las penas, establece que éstas quedan al arbitrio del tribunal, pudiendo llegar a decretarse la muerte o cualquier otra, dando lugar así a las penas ilimitadas.

3.3. La elección de una jurisdicción improvisada

A primera vista saltan una serie de cuestiones controvertibles desde el enfoque del Derecho Penal y Penal Internacional, sólo explicables por la urgencia punitiva y por el hueco legal internacional innegable. No obstante, si bien existía la necesidad de no dejar impunes las con-

ductas censurables de la guerra, era deseable un mayor detenimiento en el análisis de las vías jurídicas internacionales posibles. Los Pactos, declaraciones y convenios anteriores a la Segunda Guerra, realmente no establecían una forma de justicia aplicable y aunque era constante la fijación de tipos penales relativos a las acciones de guerra, carecían de sanción o ésta era insatisfactoria, por lo que el problema de vacío se hacía continuo. El pacto Briand-Kellog, *v. gr.*, no establece sanción para los *individuos* que como órganos del Estado hubieran recurrido a la guerra de agresión como medio político, refiriéndose en cambio a la responsabilidad *de los estados* por causa de acciones de guerra. A este tipo de argumentos se objetaba que el Estatuto que facultaba al tribunal para actuar, había sido establecido con el consentimiento y cooperación de la comunidad de naciones de incipiente organización para el cumplimiento de las aspiraciones comunes de lograr la justicia y sentar bases concretas de unidad y paz duraderas. En tal sentido, el estatuto respondía a las declaraciones y propósitos previos de la comunidad, expresados en los Pactos y Convenios que le precedían, formulados durante el conflicto bélico y por tanto, al tiempo en que se estaban cometiendo los diversos delitos que luego se someterían al tribunal que se creaba. La no existencia de una normativa internacional expresa que determinara específicamente la existencia de un tribunal que evaluara las conductas bélicas, no era obstáculo para que la comunidad universal, en vista de la trascendencia de los agravios, aprobara y promoviera la creación de tal jurisdicción, legitimándola.

3.4. Los esfuerzos para la convalidación del yerro

No se pasaban por alto, pese a todo, las deficiencias del orden jurídico internacional que se postulaba, a lo que se replicó que la necesidad de no dejar impunes los crímenes, convalidaría con posterioridad tales defectos.¹⁰ Además la propia naturaleza consuetudinaria del Derecho

¹⁰ Marcel Merle, se refiere a este punto admitiendo que el defecto legal de esta jurisdicción responde a la necesidad de improvisación de la represión, debido a combinar los requerimientos jurídicos con la situación política prevaleciente. La urgencia de llevar a cabo una "represión eficaz" (que para Merle se cumple con los requisitos de "rapidez" y "universalidad"), dio motivo a que en esta ocasión, como en otras similares, se tuviesen que aplicar medidas *incoherentes*. *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, París, Pedone, 1949, pp. 169-171 (el subrayado es mío). Por su parte, el fiscal estadounidense Robert Jackson, reexpresa así: "El Derecho Internacional es más que una colección erudita de principios abstractos e inmutables. Es la consecuencia de los tratados y acuerdos entre

Internacional (cuyas fuentes constantes son los usos, costumbres y equidad), propicia el cambio dinámico del mismo, al serle aplicables principios distintos a los que se observan frente al Derecho escrito.

La legitimidad del Estatuto se hallaba en las normas de cultura. . . se acudió al normativismo secundario o endonórmico, contradiciendo los tópicos positivistas. . . en la ocasión de Nuremberg, estas normas de cultura operan sobre las positivas existentes y aún sobre las inexistentes, creándose un Derecho y una jurisprudencia *ex nihilo* positiva, bajo el imperativo de una conciencia internacional modificada por normas de cultura que demandaban inmediateza exigibilidad.¹¹

Pese a estas consideraciones, es probable que la jurisdicción Internacional de Nuremberg haya encontrado sus raíces en la improvisación más que en las normas de cultura o por efecto de su naturaleza consuetudinaria. De otra forma se hubiera optado preferentemente por la costumbre jurídica respetuosa de los propios principios consuetudinarios y de un obrar más metódico y objetivo; la naturaleza consuetudinaria del Derecho Internacional Público no excluye la aplicación y el recurso a otras fuentes que también le informan, como la fuente convencional, de superior jerarquía a la costumbre. Al cabo, todas las fuentes del Derecho Internacional Público tienen una naturaleza hondamente jurídica y decididamente moral —no otra cosa es la *bona fides* que concilia los esfuerzos internacionales por lograr un mundo de relaciones concretas de respeto y auxilio, efectivo y recíproco—; y siendo así las cosas, no hallaría fundamento una norma de cultura que pidiera

las naciones y de costumbres aceptadas. Mas cada costumbre tiene su origen en un acto singular y cada acuerdo ha de iniciarse por la acción de algún estado en particular. A menos que estemos dispuestos a renunciar al principio progresivo de desarrollo del Derecho Internacional, no podemos negarle a los tiempos en que estamos viviendo, el derecho a instituir costumbres y a concluir acuerdos que se convertirán en sí mismos, en las fuentes de un nuevo Derecho Internacional fortalecido. El Derecho Internacional no es capaz de desarrollarse a través de la legislación, porque no hay un establecimiento continuo de derecho internacional. Las innovaciones y revisiones del Derecho Internacional son posibles por la acción de los gobiernos al enfrentar cambios en las circunstancias. . . por ello es que no me preocupa la ausencia de precedentes con relación al proceso que nos proponemos conducir. . .” “Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the prosecution of Axis War Criminals”, en *A.J.I.L.*, vol. 39, núm. 3, July 1945, Official Documents, p. 187. (La traducción es mía).

¹¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, t. I, pp. 15, 16 y 1260.

la derogación o el olvido intencionado de los procedimientos jurídicos cuando son justos y han creado una convicción universal sobre su racional aplicación. Otorgarle un valor superior a una tal “norma de cultura”, podría conducir a la confusión entre costumbres y *urgencia vindicativa*. El alegato de que el origen consuetudinario del Derecho Internacional Público imposibilita la invocación de principios jurídicos que sólo rigen en el ámbito del derecho escrito, reviste de inseguridad jurídica al propio Derecho Internacional, cuyas naturaleza, fundamento y praxis han sido puestos en tela de juicio en frecuentes ocasiones. Por otra parte, el asunto atañe al Derecho Penal Internacional, en el cual el dominio de los conceptos del Derecho de gentes resultaría igualmente discutible.

En cuanto a la jurisdicción “internacional” creada en Nuremberg, resulta peculiar, pues en realidad se trataría de una jurisdicción *unilateral*, ejercida por una parte que se transmuta en juez. Forzadamente puede atribuírsele al Estatuto el carácter de internacional, puesto que sólo una porción de la comunidad internacional lo ideó, propició y constituyó; fueron sólo cuatro estados los signatarios del Estatuto “internacional” y desde luego, los *vencedores*. Más aproximada sería la denominación de *jurisdicción de los victoriosos*, quienes unieron en el compromiso a otras naciones; con ello, la jurisdicción creada nacería prejuiciada, sus procedimientos podrían resultar relativos y parciales. Sobre todo, era una justicia pensada y dirigida solamente a los *vencidos*.¹² Los cuatro signatarios tenían la facilidad de disponer sobre el Estatuto, creaban el Tribunal, determinaban sobre jueces y fiscales, diseñaban la jurisdicción y competencia, establecían las normas sustantivas y adjetivas sobre la aplicación retroactiva de la normativa creada; “. . . los jueces hicieron el estatuto y con posterioridad a los delitos in-

¹² “Una innovación tan revolucionaria como es la enclavadura en la conciencia universal y en el Derecho de Gentes de un “crimen internacional”, no puede llevarse a efecto con el relativo e interesado material utilizado y con el inevitable prejuicio de una dogmática penal determinada, como es el Derecho propio de los vencedores. Es impropio considerar los principios nurembergianos como base del nuevo Derecho Internacional Penal. La jurisdicción adoptada ha de ser íntegramente internacional, y por no haberlo sido la aliada en Nuremberg, resulta que ese proceso no fue otra cosa que la muestra de una voluntad unilateral: la del vencedor. Si este sistema se proyectara como orden internacional permanente, trastocaría todo el orden habido para entronizar como Derecho de Gentes, el elaborado por un grupo de estados frente a otro”. Hans H. Jeschek, citado por L. Jiménez de Asúa en *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3a. ed., U. Complutense, Madrid, 1948, p. 1248.

criminales...";¹³ "Este derecho careció...de toda virtualidad internacional, porque sus órganos no eran los propios de la "Comunidad" sino tan sólo de un cierto número de potencias vencedoras en la contienda".¹⁴

Y aún a pesar de aparecer cuatro firmantes, la definitiva intervención que el gobierno estadounidense tuviera en la elaboración e imposición del estatuto a los otros tres signatarios, evidenciaba la unilateralidad de la jurisdicción planteada. Según lo narran dos de los protagonistas del proceso, Jacques Bernard Herzog y Henri Donnedieu de Vabres —quien fuera juez en el Tribunal—,¹⁵ el episodio de Nuremberg, fue planteado y preparado desde el escritorio mismo del presidente Truman, quien enviara a su representante —fiscal y figura principal en los procesos—, Robert Jackson, el memorándum correspondiente, que con las mínimas adecuaciones se convertiría en el Estatuto del Tribunal Militar. Si se concede crédito a quienes esto dicen, la Justicia Norimbergiana fue diseño de un sólo estado, lo que llevaría a especular sobre motivos políticos más que sobre aspiraciones de Justicia Internacional. Polémica ha sido la figura del fiscal Jackson, cuya actuación en los procesos le trajera tan mala reputación, al grado de impedirle probablemente el acceso a la magistratura más alta de su país:¹⁶

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.* (12), pp. 1240 y 1241, nota 18 quat.

¹⁴ JESCHEK, *loc. cit.*, (12), p. 1270.

¹⁵ *Vid.* D. DE VABRES, "Le jugement de Nuremberg et le principe de la legalité des délits et des peines" en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, juillet 1947, pp. 810-880, y "Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit Pénal International" en *Recueil des Cours*, núm. 70, I, 1947, pp. 480-581; en el mismo sentido, HERZOG, J.B., *Nuremberg, un échec fructueux?*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975.

¹⁶ Dice JACKSON en su "Report to the President from Justice Robert Jackson, Chief of Counsel for the U.S. in the prosecution of axis war criminals": "II... Hace alrededor de un mes, los Estados Unidos propusieron al Reino Unido, a la Rusia Soviética y a Francia, un plan específico, por escrito, para que esas cuatro potencias se unieran en un protocolo que estableciera un Tribunal Militar Internacional, definiendo tanto la jurisdicción y atributos del Tribunal, como las categorías de los actos que fueran a declararse como crímenes y describiendo a aquellos individuos y organizaciones que fuera necesario someter a proceso..."; y más adelante, "III... 1. La cuestión americana se prepara asumiendo la ineludible responsabilidad que tiene este país para conducir una investigación, preferentemente en conjunto con otros estados, pero si fuera necesario en forma independiente, para deslindar la culpabilidad de aquellos acusados por la comisión de atrocidades u otros crímenes... dejarlos libres sin un proceso, sería una burla para los muertos y haría de los vivos unos cínicos...", en *op. cit.*, (10), pp. 180 y 182. (La traducción es mía).

Le juge Jackson avoit reçu du president Truman la charge de poursuivre cette politique. Il accomplissait sa mission avec la brutalité courtoise des légistes suïs de leur droit, et je me suis toujours posé la question de savoir si l'idéalisme américain ne faissant pas, en 1945, sa place de réalisme d'arrière-pensées dissimulées par la personnalité complexe et séduisante de Robert Jackson. En fait, le personnage était double, parce-que a la image de tout citoyen des Etats-Unis d'Amérique, il considerait que l'interêt politique de son pays était inséparable de l'idéal moral et juridique de la civilization occidentale...¹⁷

Por otra parte, el Estatuto y la jurisdicción del Tribunal eran ineficaces, puesto que no habían sido aceptados por los alemanes, que, si bien se habían rendido a los aliados, no habían declarado expresamente —ni dado a entender en forma tácita— el acatamiento al Estatuto o la sujeción al tribunal;¹⁸ ni habían suscrito el Tratado de Londres para someterse a él. Así, no era válido el derecho de los vencedores para reestructurar y aplicar un orden jurídico que no había sido aceptado ni acatado por sus supuestos destinatarios.¹⁹

¹⁷ HERZOG, *op. cit.*, (15), pp. xvi-xvii.

¹⁸ *Vid.* "Unconditional Surrender of German Forces at Berlin", United States-Germany-Great Britain-Soviet Union, May 9, 1945, publ. en "The Times", London, May 11, 1945, p. 4; transcrito en *A.J.I.L.*, *op. cit.*, (10), pp. 170-171. El artículo 14 de este documento dice: *This act of military surrender is without prejudice to, and will be superseded by any general instrument of surrender imposed by or on behalf of the United Nations and aplicable to Germany and the German armed forces as a whole.* De aquí no se desprende ni la aceptación del Estatuto ni de la Jurisdicción por parte de los alemanes con posterioridad. Tampoco fue firmado el documento subsecuente, elaborado por los aliados, en cuyo artículo 11 se establece el derecho de éstos a aprehender y someter a rendición a los principales cabecillas nazis o a cualquier individuo sospechoso de haber cometido, ordenado o planeado crímenes de guerra o similares, ya fuera perteneciente a las Naciones del Eje, ya pertenecer a cualquier Estado de las "Naciones Unidas" que hubiere transgredido su derecho interno: "11.b.—The same will apply in the case of any national or any of the United Nations who is alleged to have committed an offense against his national law..."; en el inciso siguiente se establece: c) *the german authorities and people will comply with any instructions given by the Allied Representatives for the apprehensions and surrender of such persons*, pero no implica acatar el Estatuto ni la jurisdicción de la que está dotado el Tribunal, sobre todo al no haber sometimiento expreso por parte de Alemania. "Declaration regarding the defeat of Germany and the assumption of Supreme Authority with respect to Germany and supplementary statements", United States-France-Great Britain-Soviet Union, June 5, 1945, transcrito en *A.J.I.L.*, *op. cit.* (10), pp. 171-178.

¹⁹ Señala Hans Kelsen, al referirse al status legal de Alemania bajo la ocupación aliada, a partir de la rendición en Berlin, que la naturaleza de tal ocupación es dudosa, dada la calidad inciertamente legítima y representativa del *gobierno alemán*

Sería también dudosa la jurisdicción creada por un estatuto del tipo de Nuremberg, en el sentido de dotar a un tribunal de atribuciones para juzgar actos tanto de estados como de individuos órganos del Estado en cuestión, pues tal tribunal no sería el detentador del derecho originario para sancionarlo; no tendría tal legitimación, pues

el *ius puniendi* es atributo de la soberanía y es lógico concluir que donde falta soberano no puede existir titular del *ius puniendi* internacionalmente considerado. . . no existe tampoco un derecho a castigar, no pueden existir organizaciones jurisdiccionales que les sean propias.²⁰

Por cierto que esta postura es extrema, pues de esa manera y faltando el atributo de la "Soberanía" en muchos tribunales que carecen de ella y que pese a todo actúan legítimamente, no habría justificación alguna para la jurisdicción genérica de aquéllos.

3.5. La legitimación del Tribunal

En lo tocante a la posterior convalidación de los desaciertos e imperfecciones jurídicas —"necesarias" dada la naturaleza de los crímenes—, que no podían resistir la impunidad, se llevó a cabo en forma virtual; en efecto, por medio de varias resoluciones, la Asamblea General de la incipiente O.N.U., dedica atención a la cuestión de la definición de los supuestos que se hacían valer en contra del Eje como violaciones fundamentales; se perseguía la revaloración de un nuevo derecho de guerra, con nuevos tipos penales internacionales y proce-

que se rinde. *There can be little doubt that the status of belligerent occupation would not be compatible with the intention of the victorious powers to reorganize Germany politically as well as economically . . . All this of course, could be achieved by a treaty, concluded with the legitimate Government of Germany. Such a treaty, however, is, at least for the time being, impossible since no legitimate government exists. "The legal Status of Germany according to declaration of Berlin", en A.J.I.L. op. cit. (10), p. 519.* Ante la inexistencia de tal gobierno, por ende, era imposible admitir que aun en vista de una posible aceptación de la jurisdicción militar que se planteaba, ésta fuese legítima. En otro escrito posterior a la constitución de la jurisdicción de Nuremberg, Kelsen especifica que sin el sometimiento de Alemania al estatuto y al tribunal, tal jurisdicción queda viciada, pues el consentimiento del destinatario de esa norma, en materia de Derecho Internacional, es indispensable para su validez. Cfr. Kelsen, "La responsabilidad internacional por los Actos del Estado", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. xxviii, núm. 1, ene-feb. 1950, pp. 5 y ss.

²⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, (11), p. 98.

dimientos para sancionarlos. Se buscaba evitar en el futuro la existencia de huecos legales referidos a acciones cometidas por causa de, o durante un conflicto bélico, vacío predicable de la Segunda Guerra Mundial. Las resoluciones emitidas, producto de esas intenciones son: la resolución 94 (I) de 11 de diciembre de 1944, dada en la 55ta. reunión plenaria, sobre el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación, por la que se reconoce la obligación que tiene la Asamblea, en función del art. 13 de la Carta de la O.N.U., de "iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación".²¹ Para ello, crea un comité de 17 miembros que en cooperación con los estados miembros, realizará tareas de promoción e investigación para formular reglas de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Muy importantes son dos resoluciones de la Asamblea General en las que se confirman los *principios de Derecho Internacional* reconocidos por el Tribunal Internacional de Nuremberg:

Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 en la 55ta. reunión plenaria:

La Asamblea General

Reconociendo la obligación que tiene de acuerdo con el inciso a) del párrafo 1 del artículo 13 de la carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación.

Toma Nota del Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 y el Estatuto anexo al mismo, así como el hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio el 19 de enero de 1946:

Por lo tanto,

²¹ *N.U. Resoluciones adoptadas por la Asamblea General durante la segunda parte de su 1ra. sesión del 23 de octubre al 15 de dic. de 1946.* Lake Success, 1947, N. York, p. 127.

Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal;

Da instrucciones al Comité de calificación de Derecho Internacional establecido por resolución de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946 para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formación en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal".²²

Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1977, 123a. sesión plenaria.

La Asamblea General

Decide confirmar la formulación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg a la Comisión de Derechos Internacional, cuyos miembros, en virtud de la Resolución 174 (II) sean elegidos en el próximo periodo de sesiones de la Asamblea General, y encarga a dicha comisión:

- a) que formule los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg.
- b) que prepare un proyecto de Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual se indique claramente la función que corresponde a los principios mencionados en el precedente inciso a).²³

La resolución 174 (II) a que se hace referencia, crea la Comisión de Derecho Internacional, encargada de elaborar la codificación aludida; tarea que no se ha concluido aún, quedando en forma de proyecto que ha sido difundido a los Estados miembros de la Organiza-

²² *Ibid.*, p. 128.

²³ N.U., *resoluciones adoptadas en la As. Gral., documentos oficiales del 2do. periodo de sesiones del 16 de sept. al 29 de nov. de 1947*. Lake Success, N. York, 1947.

ción por recomendación de la propia Asamblea. En vista del Plan de Trabajo para la Codificación de la Responsabilidad de los Estados, aprobada en 1976 durante su XV periodo de sesiones, la Comisión redactó el artículo 19 del Proyecto, en el que se hace la distinción entre crímenes y delitos internacionales, aprobado en el XXVIII periodo de sesiones de la Asamblea General por unanimidad. El artículo aprobado es el siguiente:

Crímenes y delitos internacionales.

1. El hecho por un Estado que constituya una violación de una obligación internacional, es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual sea el objeto de la obligación internacional violada.
2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación esté reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.
3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo segundo y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar en particular:
 - a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión.
 - b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento de la fuerza de una dominación colonial.
 - c) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid.
 - d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda y protección del

medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera y los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo segundo, constituye un delito internacional.²⁴

De nueva cuenta la Comisión no ha definido en forma taxativa cada concepto, sino ejemplificativamente. Se establecen, según este artículo, dos criterios: el contenido de la obligación internacional violada y la gravedad de la violación, para configurar uno u otro tipo o categoría penales. Evidentemente, este precepto, como el proyecto aún en elaboración, constituyen progreso dentro del desarrollo del Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados pero la tarea no puede darse por concluida. El siguiente paso será, tal vez, configurar y delimitar, si esto es posible, la responsabilidad del individuo en supuestos tales; con ello se evitará en lo futuro la aplicación de normas internacionales en forma retroactiva.

4. LOS PRINCIPIOS DE NUREMBERG

La Comisión de Derecho Internacional ha resumido los avances logrados a partir de la segunda conflagración mundial en tres puntos básicos:

- La distinción consagrada recientemente en el marco de las normas del Derecho Internacional, de una categoría especial de normas calificadas de imperativas o de *ius cogens*, que no admiten acuerdo en contrario.²⁵
- El establecimiento del principio de responsabilidad personal del individuo-órgano del Estado que ha colaborado en determinados hechos a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado.

²⁴ Citado por FERNÁNDEZ-PALACIOS, Elena, "La distinción entre crimen y delito internacional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la U. Complutense*, núm. 66, 1982, Madrid, p. 55.

²⁵ Conforme al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y en relación al art. 2.4 de la Carta de Organizaci6n de Naciones Unidas.

- El hecho de que la Carta de las Naciones Unidas atribuya consecuencias especiales a la violación de ciertas obligaciones internacionales.²⁶

Los principios a que hacen alusión las resoluciones mencionadas (*vid. supra*), y que vienen a constituir el logro más prominente del Tribunal, haciendo a un lado el castigo mismo de los *criminales vencidos*, se condensan en fórmulas de pretendida validez genérica, que han informado al Derecho Internacional Contemporáneo en modo importante.

El primer aserto de las sentencias se refiere a la determinación de la *superioridad* del Derecho Internacional con respecto al Derecho Interno. Establece su naturaleza de Derecho *Consuetudinario* y afirma que su desarrollo no sólo se ha dado en razón de las costumbres reconocidas, sino a través de tratados, convenios, la formación de la doctrina y el establecimiento de una jurisdicción internacionales. Establece que su validez como tal no sólo es imponible a los estados, sino aún a los *individuos*.

De ello se sigue en el silogismo norimbergiano, que un estado no puede sustraerse a la aplicación del Derecho Convencional Internacional alegando que no ha sido parte en los Tratados que crean o se refieran a obligaciones reconocidas como de *Derecho de Gentes*. En el mismo orden de ideas, tampoco puede desligarse un individuo de una incriminación de orden Internacional, aduciendo que tal inculpación es inexistente en el sistema penal nacional al que está sujeto; basta con que la obligación derive del Derecho de Gentes para que su violación haga responsable al individuo internacionalmente.

Con ello se establece otro principio, vinculado al anterior: el individuo no puede excusar la violación de una norma de Derecho Internacional que tenga el rango de norma de *Ius Gentium* —norma de *ius cogens*— con la justificación de haber actuado en cumplimiento de órdenes superiores o conforme a su sistema jurídico nacional; se rechazan las eximentes o atenuantes de responsabilidad relativas a la obediencia a leyes y superiores jerárquicos. En lo sucesivo, la consideración de las atenuantes o eximentes de responsabilidad quedará al arbitrio de las autoridades que estén ejerciendo la jurisdicción, estableciéndose la prelación de la conciencia individual por sobre las exi-

²⁶ Citado en FERNÁNDEZ PALACIOS, *op. cit.* (24), p. 174.

gencias disciplinarias nacionales, salvo que en el sujeto haya una imposibilidad para realizar una elección moral.

Por otra parte, y siguiendo los tipos creados por el Estatuto, se formula un esbozo de diferenciación entre *delitos* y *crímenes de guerra* y se establece la tipología de *crímenes de guerra*, *crímenes contra la paz* y *crímenes de lesa humanidad*,²⁷ que, como ha quedado dicho,²⁸ aún permanece en el trámite de una conceptualización definitiva.

La enunciación de estos conceptos, los "principios de Nuremberg", provocó cierta reacción. *De facto* había quedado comprobada la aseveración de la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional, pero se objetaba la congruencia teórica de ello. Donnedieu de Vabres escribió con posterioridad a los sucesos sus comentarios sobre los principios referidos y sobre la obra del Tribunal en general. Sus opiniones son interesantes en tanto provienen de un protagonista de los hechos, que pese a todo no puede dejar de emitir su opinión secular. Cuestiona el que la sentencia asuma la supremacía del Derecho Internacional sobre el interno, puesto que aquél sólo podría obligar a los individuos miembros de un Estado que aceptase a su vez la validez del Derecho Internacional.²⁹ Postula, finalmente un equilibrio sin jerarquías de ambos Derechos, probado por la diferencia de sus ámbitos de eficacia normativa.

²⁷ Vid, "La formulation des principes de Nuremberg", en *Memorandum de Donnedieu de Vabres*, Documents Officiels, Nurembreg. A-Ac 10/34, 1947.

²⁸ Vid *supra.*, p. 19.

²⁹ "Des auteurs ont pensé que, dans l'avenir, una application moins élastique du principe de légalité des délits et des peines sauvegarderait de façon plus efficace le droit individuel. Au cours du procès de Nuremberg, la valeur générale et permanente des principes énoncés dans le statut fut attestée par le ministère public... Le représentant du ministère public britannique, Sir Hartley Shawcross s'exprimait ainsi: "Dans la mesure où l'act constitutif de ce tribunal a enregistré officiellement le principe de la responsabilité de l'Etat, il doit être salvé comme un acte de législation internationale, plein de sagesse et portant loin"... Une commission des Nations Unies... vient de recommander à l'Assemblée l'établissement d'un "p'an de codification générale des crimes contre la Paix et la Sécurité de l'humanité" contenant les principes de Nuremberg, et que suivra la rédaction d'un Code pénal International. Est-ce à dire que les incriminations et les sanctions d'un tel code puissent revêtir la précision et la fixité d'une législation interne? Nous ne le pensons pas. Les facteurs divers qui ont déterminé jusqu'ici la mobilité, la instabilité de la société des Etats et qui expliquent les formes changeantes de la delictuosité internationale, n'ont pas arrêté leur action, depuis le jugement de Nuremberg. Il est l'essence du droit International d'être en partie, un droit coutumier." D. de Vabres, "Le Procès de Nuremberg devant..." Op. cit., (15), pp. 574 y 575.

Alfred Verdross, por su parte, comenta:

... Según la costumbre internacional, un castigo por crímenes de guerra era ya lícito antes de la promulgación de las leyes penales modernas... Pero una norma jurídica interna del Estado en cuestión sólo puede, claro está, permitir un castigo de esta índole sobre la base de su ley penal, ya que si bien, está facultado por el Derecho Internacional para castigar a los prisioneros de guerra, no está obligado a hacerlo. Confirma esta concepción el artículo 99 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra por un acto que en el momento de cometerse estuviera prohibido por una ley de ese estado o por el Derecho Internacional.³⁰

Verdross piensa en forma diferente a Donnedieu de Vabres:

Una responsabilidad individual inmediata, fundada en el Derecho Internacional común, se da, única y exclusivamente para crímenes de guerra, ya que en virtud de una vieja tradición, los estados están facultados para castigar a los prisioneros que caigan en sus manos, incluso por violación del derecho de guerra perpetrada antes de su captura. Estas violaciones se llaman crímenes de guerra. Su persecución es lícita en virtud de los usos de la guerra o sea inmediatamente sobre la base del Derecho Internacional. De ahí que las personas en cuestión puedan ser castigadas también por infracciones del derecho de la Guerra que no figuran en el Código Penal del lugar de su perpetración o del país que hizo la detención. Ello prueba que estamos en este caso ante auténticos delitos internacionales.³¹

Esta postura, al conceder mayor valor al Derecho Internacional sobre el interno con relación al *individuo*, es difícilmente defendible pues contrapone al Sujeto individual con su legislación nacional pudiendo dar ocasión a un desequilibrio nacional, más aún ante la ausencia de entidades supranacionales. Esto pudiera ser predicable con relación a los Estados como sujetos, mas no puede ser exigible en lo referente a los individuos, aún y a pesar de tratarse específicamente de la responsabilidad por crímenes de guerra. Se reitera, por tanto, que un

³⁰ VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 6a. ed., Aguilar, Madrid, 1976, p. 201.

³¹ *Ibid.*, p. 210.

estudio minucioso sobre la responsabilidad individual en este sentido podrá ser un avance en el desarrollo del Derecho de la Responsabilidad Internacional; pero no es plausible que, como producto de necesidades paralelas que no se han esclarecido con suficiencia, surja como *nueva costumbre internacional* de tales proporciones.

5. UN NUEVO ORDEN DE DERECHO INTERNACIONAL

Se han querido ver en los episodios de Nuremberg, elementos que aunados a otros, sean propulsores del desarrollo del Derecho Internacional, y aún, una nueva cimentación de este Derecho. Y no pueden hacerse a un lado los progresos alcanzados con el pretexto de una guerra y sus consecuencias. A partir de este primer tribunal militar con jurisdicción internacional, se ha asumido con mayores posibilidades la oportunidad de acceder a un estadio universal en el que existan instancias de autoridad realmente internacionales y con una fuerza vinculante con respecto a la comunidad de naciones.

Se habla de los resultados inmediatos de esa primera muestra de la unidad internacional *v.gr.*, la serie de declaraciones, propósitos, tratados y resoluciones que tiendan a hacer evidentes situaciones conflictivas o a resolver y evitar circunstancias que atenten contra los derechos más elementales del ser humano; la paz y la seguridad de las naciones en el orden interno e internacional, el reconocimiento de nuevos focos de atención internacional.

No obstante para llegar al establecimiento de un *Nuevo Orden de Derecho Internacional*, como se pretende, hay que eliminar ante todo la improvisación y la habilitación de instancias y la violación u omisión de presupuestos de los órdenes jurídico y moral, necesarios en la tarea de cumplir propósitos y logros de aceptación y validez universales.

De Nuremberg emanan defectos, pero también virtudes. No se pueden negar los progresos del Derecho Internacional de la postguerra; pero siempre será preferible partir de aciertos que de errores, y aplicar una auténtica justicia en lugar de administrarla a medias.

6. EL PLANTEAMIENTO DE UNA AUTÉNTICA JUSTICIA INTERNACIONAL

La historia de los conflictos armados nos muestra que las guerras tienen su origen en causas de toda índole que inducen a la agresión.

por parte de un estado sobre otro, que se defiende. En tal sentido, el fin más objetivo de una guerra, para la parte agresora, puede ser la reivindicación de bienes, el expansionismo, e inclusive la reparación de un daño o injuria de los que se considere acreedor; para la agredida, la finalidad de la contienda consistirá en obtener la restitución del bien perdido, la reparación del daño, y aun el escarmiento por lo padecido. Las guerras que se "reciben" como agresión sólo deberían implicar la defensa y no un añadido de violencia que no tuviera proporción con la injusticia primeramente recibida. Para ambas partes la guerra *debería terminar* una vez cumplido el propósito que motivó su iniciación. *Pero no es así.* Para cada uno de los bandos, la contienda es espacio propicio para una serie de intenciones paralelas, de allí que no culmine con la simple reivindicación de la ofensa, sino que pida más. Se hace a un lado, por tanto, el *único fin objetivo y valedero* de las guerras, que es el restablecimiento de la situación anterior en la que el conflicto no cabía, "...la guerra se emprende por amor a la paz..."³² Tal paz debe ser un estado genuino de armonía en el que las partes ya no sufran un menoscabo mayor que el propiciado por el duelo. Pues no es paz aquella situación en la que, a resultas de la guerra, queda un contendiente humillado innecesariamente ante el otro, pues tal es la venganza. Salvada y resarcida la diferencia, los estados contendientes deben hacer por restablecer efectivamente las cosas en el mejor modo posible, quedando ambos en una posición de libertad, igualdad y aptitud para elaborar conjuntamente las bases sobre las que reestructurarán en el futuro, tanto sus relaciones mutuas, como las que los ubiquen en el marco internacional.

Sin embargo, el primer obstáculo para que se den las circunstancias descritas radica en la posición que al fin de la contienda, tiene el ganador. La habitualidad ha logrado que se tenga por justa la vara del vencedor para medir los daños y estragos causados por el otro en su contra o en la de otras naciones y para no aplicarla, en cambio, a los perjuicios que él mismo, como combatiente, haya podido infligir a los contrarios, a los suyos y al resto de los Estados.

Si lo que se pretende es restablecer el orden y hacer justicia, castigando las conductas que han excedido el marco jurídico, sería tal vez preferible aplicarlo a *todo aquel* que hubiese violado las normas, con independencia de si, *ab initio*, hubiese dado o no causa para tal ruptura.

³² GROCIO, Hugo, *Del derecho de la Guerra y de la Paz*, t. I, Libro primero, Cap. primero, I., vers. TORRUBIANO RIPOLL, Jaime, Edit. Reus, Madrid, 1925, p. 44.

Pero un espíritu más vengativo que justiciero era el que subyacía en Nuremberg. Era el castigo ejemplar al perseguido y no el logro de la paz, y así ha sido demostrado por la rígida postura estadounidense, expresada en los reportes y *memoranda* previos a la redacción definitiva del Estatuto; por la definición de los "crímenes" a juzgar, por la falta de proporcionalidad entre esos tipos penales y las penas, por la unilateralidad de una jurisdicción; todos estos elementos desconciertan, si ha de aplicarse una justicia verdadera. Pese a tratarse de una guerra agresiva y haber resultado vencedores, los aliados no tenían derecho a exigir de los vencidos otra cosa que no fuese la reparación debida en concepto de responsabilidad internacional del Estado por virtud de actos de guerra. Es posible que el motivo real para enjuiciar a los vencidos por "crímenes de guerra", "crímenes contra la paz" y "crímenes contra la humanidad" tenga un cariz más político: desde la intención de alcanzar cierta publicidad, haciendo notoria la justicia que pondría punto final a las rivalidades; buscar legitimación internacional al castigo colectivo e individual y a las acciones reivindicatorias efectuadas; imbuir de una aureola de legalidad todo el proceso; intentar dar la apariencia de que la propaganda contra la guerra de agresión y el restablecimiento de la paz eran los principales objetivos aliados, siendo que en realidad el objetivo era legalizar y legitimar la *represalia*. El impacto provocado por un tal proceso alcanzaría a los pueblos que se alineaban a los aliados —pese a no ser signatarios del Estatuto—, con lo que se crearía una confianza propiciatoria de alianzas, traducida en la celebración de convenios y tratados que beneficiarían económica y políticamente tanto a las potencias principales como a sus adhesores.

En cualquier sentido puede hablarse de una justicia vindicativa:

El principal objetivo del juicio de Nuremberg, y la esencia de todo el problema, fue claramente proclamado por las potencias aliadas cuando el fiscal subrayó como su principal propósito el establecimiento de un precedente jurídico destinado a actuar como un poderoso freno contra un posible impulso futuro hacia una guerra ilegal. El informe final en el juicio de Nuremberg, ... reitera esa idea dominante cuando declara. "Las cuatro naciones a través de sus fiscales y de sus representantes en el Tribunal, han anunciado las normas de conducta... de acuerdo con

las cuales han sido condenados los alemanes...[y cuál]... será la pena para toda nación que sea desleal a dichas normas.³³

El propio Jackson evidenciaría en una frase la naturaleza de la jurisdicción practicada: "... al vencido no se le oye..."³⁴ que finalmente fue aplaudida en su cruel sentido vengador por muchos, que hicieron eco a esos propósitos:

Se castigó a los criminales de guerra, por la misma razón que se castiga a todos los delincuentes, es decir, para que sufrieran la justa consecuencia de sus actos, para que el dolor que sembraron a manos llenas y la sangre que derramaron a torrentes no quedaran impunes y también para ejemplo, como lección, como advertencia a los agresores en potencia y con la esperanza de que el patíbulo de Nuremberg, perfilando su roja figura en el horizonte, contuviera en el futuro, a quienes pretendieran desatar sobre la tierra una nueva y catastrófica conflagración.³⁵ "... la única justicia posible para ellos es una justicia vindicativa, una justicia terrorífica que proclame, implacable en sus procedimientos y fallos, la vieja Ley del Talión, el arcaico y ensangrentado: "Ojo por ojo y diente por diente" de los tiempos primitivos".³⁶

El haber recurrido a un foro público como lo fue Nuremberg, para hacer exhibición de las intenciones de un grupo de potencias y gala de recursos de fuerza, no es en modo alguno plausible. Tal alarde hubiera podido cumplirse en otra forma. Los efectos más nocivos de la pretensión aliada en el Tribunal Militar, los resintieron quienes adoptaron tales convicciones como útiles para establecer un precedente jurídico, consolidando así las nuevas normas de Derecho Internacional.

No es descabellada la idea de fundar normas jurídicas que en el futuro ejercieran un poder intimidatorio tal que desalentasen las guerras ilegales, la comisión de actos atroces y la violación de la norma-

³³ SCHICK, Franz, "El juicio de Nuremberg y el Derecho Internacional del Futuro", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo X, núm. 38, abril-junio, 1948, pp. 110 y 111 (el subrayado es mío).

³⁴ JACKSON, "Prosecution of Major Nazi War Criminals-Final Report to the President from Supreme Court Justice Robert H. Jackson", en *Department of State Bulletin*, vol. 15, oct. 27, 1946, Washington, 1946, p. 775.

³⁵ FRANCO SODI, Carlos, "Nuremberg otra vez", en *Criminalia*, Año XXVII, núm. 4, abril, 1962, p. 199.

³⁶ *Ibidem*, "La difícil Justicia de Nuremberg", en *op. cit.* (35), p. 209.

tiva Internacional.³⁷ Pero tales normas no pueden acoger un tribunal cuyo fuero es de excepción y que poco lograría si evade también el análisis de las responsabilidades de quienes conformaron una jurisdicción de esa naturaleza. Si la tendencia —como hasta el momento se ha mostrado— persiste en forjar jurisdicciones que por definición no procesarán a un vencedor, jamás se desalentará la beligerancia internacional.

Por otro lado, en poco se muestra eficaz un efecto intimidatorio de esta suerte de actos de castigo, puesto que al dar inicio o al rebatir en defensa una guerra, los dos contendientes tienen fe en la victoria —de otro modo no se iniciarían las guerras—, y si la corona última del beligerante victorioso consiste en *poder juzgar* a su rival con una especie de "ley del más fuerte", el deseo que cada contrincante tiene por ganar se fortalece y no se inhibe.³⁸

La única forma de evitar que estas normas de reciente creación perdiesen eficacia sería la aplicación de este Derecho Internacional tanto a vencedores como a vencidos. Sólo así se entenderían los principios emanados de Nuremberg como compromisos para todas las naciones y resaltaría la obligación de "...no apartarse de esas normas en su propia práctica, sin atraerse la condenación y el desprecio de la civilización".³⁹

No obstante, en la primera oportunidad que se tuvo para aplicar el Derecho Internacional como auténtica fórmula de prevención y conciliación Universales —Nuremberg—, no se afrontaron una serie de datos al parecer triviales, pero de gran trascendencia.

Haber asumido en tal momento un cambio en la conceptualización de ciertos elementos, hubiera hecho del tribunal un ensayo fructuoso de la nueva experiencia del orden internacional. Si algo está fallando, es

³⁷ "... quizá uno de los medios más eficaces para la prevención de la guerra y la garantía de la Paz Internacional sea la promulgación de leyes que reglamenten la responsabilidad individual de quienes, actuando como funcionarios del gobierno, hubiesen violado el Derecho Internacional recurriendo a la guerra o provocándola". Hans Kelsen, *Peace through law*, Chapel Hill, Nueva York, 1944, p. 71 (la traducción es mía).

³⁸ "... el precedente de Nuremberg, lejos de haber constituido un eficaz intimidante, más bien prolongará las guerras del futuro y fomentará al mismo tiempo, el descubrimiento de armas más destructivas... Además, esperar mejores resultados de la aplicación de una nueva norma de Derecho Internacional que de un firme principio de Derecho Interno y establecido, parece ser demasiado inconsistente". F. Schick, *op. cit.* (33), pp. 113 y 114.

³⁹ "Report to the President...", *op. cit.* (10), p. 190.

posible que se deba a una perspectiva de la justicia como parcial y no genérica. Si los Estados que pretenden conformar ese nuevo sistema jurídico internacional asumen que están vinculados a él de forma igual, si no se crean normas pensando en destinatarios especiales; si se prescribe una sanción aceptando que los mismos que la enuncian pueden a su vez situarse en el supuesto normativo de violación de la norma,⁴⁰ y ser castigados con aquélla, tal vez fuera posible tener confianza en un genuino y novedoso sistema de Derecho Internacional viable.

Es menester por ello, detenerse a analizar esos datos que, en el caso concreto del derecho de Guerra, pudieran ser modificados en cuanto a su perspectiva.

7. LOS PRIVILEGIOS DE LA VICTORIA

La práctica internacional respecto al tratamiento a los vencidos y a los procedimientos subsecuentes al término de las guerras, enraizada en la mejor tradición de la teología jurídica española, coincide en considerar al vencedor como único facultado para someter a proceso y sancionar a los vencidos como culpables:

El vencedor puede considerarse como juez que se sienta para sentenciar entre dos repúblicas representadas, una ofendida y otra que hizo la injusticia, para que de este modo profiera la sentencia.⁴¹

Así, el vencedor que llegara a la victoria en una contienda en la que la razón y la justicia le asistían en todo momento frente al contrincante injusto, tendría la plena legitimación para juzgarle y con

⁴⁰ "Convendríamos con las potencias fiscales en que su política jurídica inaugurada en Nuremberg puede producir efectos duraderos si esas potencias probaran su voluntad para aplicar 'El Derecho Internacional del Futuro' también en los casos en que estuvieran implicados nacionales de los miembros de las Naciones Unidas", F. Schick, *op. cit.* (33), p. 116.

⁴¹ FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones teológicas, De Iure Belli*, Tercera Regla Aurea, vol. II, edic. Padre Luis G. Alonso Geteria, Madrid, 1934, p. 396. El sentido original de la cita Vitoriana, se completa con lo siguiente: "...la sentencia, no como un acusador, sino como juez, con la cual pueda satisfacer a la nación ofendida. Pero en cuanto sea posible con el menor daño y perjuicio a la nación ofensora. Bastante es que sean castigados los culpables en lo que sea debido. Mayormente que las más de las veces, entre los cristianos, toda la culpa es de los príncipes, porque los súbditos pelean de buena fé por sus príncipes. Y es una iniquidad que, como el poeta dice, paguen los aqueos los delitos de sus reyes." Edic. Porrúa, introd. de A. GÓMEZ ROBLEDO, México, 1985, p. 101.

ello dar por enmendada la injuria de que fue objeto y restablecer la paz. A esto apuntan las doctrinas sobre el *ius ad bellum* —la licitud de las causas que hacen *justa* y *legal* la iniciación de una guerra con relación a los beligerantes— y el *ius in bellum* —la permisibilidad y licitud de las conductas de las facciones en el desarrollo mismo de una *guerra justa*, lo que es justo en la guerra—, de formulación medival asimismo, aunque su aplicación y el reconocimiento a los principios que las fundamentan fuesen previos.

De esta forma, el beligerante que inicia una *guerra defensiva* obra justamente al no haber dado motivo para ella y sí en cambio intentar la reparación de una injuria objetiva cometida por el faccioso agresor. Pero no basta que en su inicio la legalidad esté de parte de quien se defiende. Éste debe continuar obrando justamente y no rebasar los parámetros del *ius in bellum* al convertir su defensa en una *vindicta* desligada de la causa que la originó, para perseguir mayores beneficios de la contienda y aprovecharla como vía para obtener bastante más que la mera reparación. En ese sentido una guerra justa en sus *origenes*⁴² (de acuerdo al *ius ad bellum*) se tornaría una guerra injusta en su *desarrollo* (conforme al *ius in bellum*) y ello bastaría para viciar la legalidad de la guerra en relación al beligerante inicialmente justo. De este modo, ambos contendientes podrían ser responsables, por igual, de las imputaciones que al término de la gesta se hicieran a los violadores de los órdenes normativos nacional e internacional.

Sin embargo, al alcanzar la calidad de *vencedor* anula al parecer estas consideraciones, al convertir al beligerante, justo o injusto, en el enjuiciador propicio de los crímenes cometidos por el vencido. La parte se convierte, sin oposición ninguna, en juez.

7.1. La justicia de los vencedores

En el caso específico de la Segunda Guerra, las "Potencias Aliadas", pese a haber desarrollado una *guerra defensiva* y tener con ello la legalidad de su lado en un inicio, incurrieron en actos y conductas que, posteriormente fueron tipificadas como delitos internacionales que

⁴² "Las guerras justas suelen definirse diciendo que son aquellas en que se toma satisfacción de las injurias, si ha de castigarse a una ciudad o nación que no se cuida de reparar el daño causado por sus súbditos ni de devolver lo que ha quitado injustamente", San Agustín, *Dominus dei Decreto*, cit. por Vitoria, *op. cit.* (41), edic. Porrúa, p. 77.

a todas luces violentaban el *ius in bellum* vigente y que se hicieron valer como tales únicamente en contra de las "Potencias del Eje".

Como victoriosos, los "Aliados" procesaron a los contrincantes con las normas que ellos mismos fijaron y crearon para supuestos y conductas que ya estaban determinados en anteriores instrumentos internacionales reconocidos y vigentes; que fueron ignorados, eliminados y aún contradichos en no pocas ocasiones, con la justificación poco congruente pero exitosa de que la calidad evidente de los bienes jurídicos en tutela y mancillados por el Eje era tal, que su reclamo ya no incumbía únicamente a los afectados concretos sino a la humanidad toda como sujeto ofendido por ellos; que era la comunidad internacional la que exigía que los graves delitos cometidos en su contra no quedasen impunes y que su castigo fuese de tal forma rígido, inmediato y público, que pudiese sentar la necesaria ejemplaridad. Esto llevaba a concluir que las normas de Derecho Internacional que habían operado con relativa eficacia en el pasado, resultasen insuficientes, a partir de la reciente guerra, para su aplicación futura; así, la comunidad ofendida consentiría en que las normas deficientes *no se observaran* más. A cambio de ello un *nuevo orden de Derecho Internacional* se gestaba, no importando que en ese tránsito se quebrantaran y sacrificaran normas que obstaculizaban con su excesivo formalismo el logro de las aspiraciones de pacificación y justicia mundiales.

Señalar a los vencidos como únicos responsables de las causas y efectos de una guerra, es, en los instantes en que se busca la paz, ahondar más las diferencias iniciales que hubieran podido existir entre los contendientes. Una justicia que busca la ejemplaridad extrema para satisfacer los deseos mal entendidos de reparación, no es verdadera justicia ni anhelo pacificador. Con ello se ignorarían los objetivos que originan el castigo de los criminales de guerra.

Aparte del fuerte impacto moral y público que conlleva el castigo de los rivales por los ganadores, poco se logra para el futuro. Lo más grave de esto es que de *ninguna forma* podrá haber conciliación entre los contendientes. Si (por las causas que se quiera), en una supuesta igualdad de circunstancias, las diferencias entre ambos motivaron una guerra, es difícil creer que al final de un violento conflicto —del que se esperan todo tipo de excesos y atrocidades— haya menos motivos de fricción en sus relaciones. Por el contrario, habría que pensar que a aquellos pretextos originales se han sumado una serie

de motivos más fuertes para la división entre bandos; y como corolario, el hecho de ser "enjuiciado" por el rival, hará crecer en el vencido mayores rencores. La posición vencedor-vencido, humillante de por sí, puede trocarse en intolerable cuando se vuelve tan sonada y pública como aconteció.

Si lo que se busca es apoyar la abolición de la guerra, el proceso judicial a los líderes derrotados ejercido por sus conquistadores es inapropiado. Las justificaciones que se ofrecen para tales procesos, no tienen ninguna relación con las causas básicas de la guerra. Con ello, no se han eliminado a los futuros líderes en la conducción de otras guerras. . . . Las actitudes que los vencedores deberían de adoptar para asumir tal responsabilidad, contradicen, en estos tiempos de democracias de masas, las condiciones de las relaciones internacionales sobre las que debe descansar la paz. No se lograría la reconciliación con las naciones derrotadas. . . . Tales procesos distanciarían a vencedores y vencidos más aún de lo que estaban al término de las hostilidades.⁴³

Mientras el ejercicio del derecho para dar la decisión fundamental esté reservado al vencedor, su veredicto, estableciendo que los vencidos recurrieron a una guerra ilegal, constituiría un acto legalmente problemático y políticamente peligroso.⁴⁴

7.2. Necesidad de castigar

Por otra parte, suponiendo sin conceder tal justicia del vencedor, la cuestión que sigue consistiría en determinar de dónde emana la necesidad de castigar y la facultad que para juzgar y sancionar al vencido, se le atribuye a aquél. Para ello, habría que delimitar en lo posible la existencia o inexistencia de culpabilidad, pudiéndose señalar dos tipos diversos de culpabilidad: a) al dar por iniciada una guerra; b) en el desarrollo de la misma.

Respecto a la primera categoría enunciada, es decir, aquella culpa en que se incurre por iniciar, propiciar, desarrollar o mantener un estado de guerra, cabe decir desde un punto de vista formal jurídico

⁴³ ANDERSON, Arnold, "The utility of the Proposed Trial and Punishment of Enemy Leaders", en *American Political Science Review*, vol. 37, 1943, pp. 1081-1098-9 (la traducción es mía).

⁴⁴ SCHICK, Franz, *op. cit.* (33), p. 132.

que la culpa radicaría en la violación del Derecho Internacional por la contravención de Tratados, Pactos o Convenciones que proscriben el recurso a la guerra sin justificación y que obligan a las partes en el compromiso del mantenimiento de la paz. Faltando una jurisdicción vinculativa supranacional con eficacia respecto a los estados que forman parte de la Comunidad de Naciones, y una vez agotadas o evadidas las instancias de posible solución, el Estado cuyo derecho ha sido violado, encara en la guerra la forma de restauración de aquél. El derecho positivo hace lícita la guerra en condiciones tales, en vista de la injusticia cometida. La guerra defensiva tiene no sólo un fundamento convencional —y por tanto legal—, sino consuetudinario, radicado en principios de Derecho entre las naciones, tenido como justo. Los límites de tal contienda reivindicatoria estarían señalados, en el mejor de los casos, en el mismo ordenamiento legal convencional; pero de no ser así, habrá que acudir a fuentes legales internacionales de auténtica fijeza y convicción para regularla. Asimismo, al término de las rivalidades, las consecuencias que de ellas surgieran deberían analizarse desde el punto de vista jurídico formal.

7.3. La culpa en los vencidos y vencedores

La tradición de Vitoria, en un enfoque ius naturalista, ha sido continuada por los doctrinarios del Derecho Internacional, y al hacer referencia a lo que debe entenderse por "justa causa", en este sentido, se valoran criterios objetivamente analizables, la injusticia en sí que busca componenda:

No es necesario que intervenga además un criterio subjetivo, como la buena o mala fe, la culpabilidad o la no culpabilidad moral del eventual autor del entuerto. . . . la culpa ha de serlo en el sentido amplio, por legítima imputabilidad jurídica, no necesariamente en el sentido estricto, moral, el criterio subjetivo no se exige necesariamente, porque resulta en la práctica muy difícil de determinar. Pero puede darse, y entonces surgirá una diferencia en orden a las consecuencias de una guerra justa victoriosa: en el caso de culpa en el sentido amplio, la vindicta legítima se limita a imponer la restauración del Derecho y la compensación de la injusticia por el Estado culpable; en caso de falta en sentido estricto, la vindicta legítima llegaría hasta el derecho de ejercer, además, sanciones penales individuales contra el o los

culpables de la empresa guerrera. Sólo en ese caso habría propiamente responsabilidad criminal en el sentido que ahora examinamos.⁴⁵

Así, el nivel más objetivizable de culpabilidad resulta ser el jurídico, ya que la culpa moral es sólo mensurable por criterios subjetivos que dificultan su prueba. Sólo cuando ésta se puede fincar sin duda, es admisible la justicia personalizada. Y tal culpa moral sería reconocible si su naturaleza lesiva tuviese esa misma consideración a nivel universal, no sólo con respecto a quienes directamente han sufrido las acciones u omisiones de guerra, sino ante la comunidad total de naciones.

Las violaciones imputadas al Eje eran de esta naturaleza; ciertamente, a pesar de su negativa aludiendo eximentes de responsabilidad, Alemania dio inicio a una guerra de agresión. Mas respecto a las imputaciones creadas por el Artículo 6º del Estatuto (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) y en su enunciación como tales, no existían formalmente en el momento de su comisión. Pudieran revestir el carácter de violación de normas de derecho locales, o de códigos de conducta diversos, comportamientos antijurídicos o aún, actos moralmente reprochables, pero no eran completamente *delitos* en sentido jurídico internacional. De esta forma, no podría integrarse la culpa en sentido amplio a la que se ha hecho alusión, ni podría hablarse correctamente en tal sentido de imputabilidad jurídica; salvo, claro es, que se hicieran elásticos ciertos principios, como el de legalidad penal, el principio de irretroactividad de la ley penal, el principio de no aplicación analógica de las penas, etcétera, con lo que se tergiversa la legalidad de lo actuado.

Por lo que toca a las consecuencias de la imputabilidad moral sin imputabilidad jurídica, al no ser imputable y sancionable una conducta por falta de norma previa que así lo estipulase, no podría exigirse otra cosa que la responsabilidad genérica en la que efectivamente se hubiese incurrido, mas no procedería un enjuiciamiento sin norma ni delito y por ende, sin sanción establecida previamente. Aunque la condena moral exista con respecto a dichas acciones, sin un fundamento jurídico que lo avale, no es plausible la aplicación de la sanción en

⁴⁵ YVES DE LA BRIÈRE, P., "Le droit de juste guerre", cit. por Antonio TRUYOL Y SERRA, "Crímenes de Guerra y Derecho Natural", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 1, núm. 1, 1948, p. 50.

tales términos. En maltrecho sitio quedaría entonces la seguridad jurídica y la eficacia del Derecho se haría relativa; aun pese a la vinculación que éste tuviera con principios morales, no tendría permanencia alguna.⁴⁶ Si se va a hacer uso del Derecho cuando conviene a la justicia y a la seguridad jurídicas para desecharlo cuando no revista esa utilidad, queda en entredicho la moralidad de tales disposiciones acomodaticias del sistema jurídico.

En relación con el segundo tipo de culpabilidad, es decir, en la que se incurre, por la comisión de actos de guerra que constituyan violaciones a las normas bélicas, cabe establecer igualmente —y tal vez con mayor oportunidad—, un plano doble: a) el de las acciones cometidas por el agresor y b) el de las acciones cometidas por el agredido; pues tanto uno como otro pueden exceder los márgenes del *ius in bellum*, siendo indistinto el carácter que tengan como iniciadores o receptores de las conductas beligerantes.

En la guerra concreta, tanto una como otra facción cometió los crímenes señalados en el artículo 6º del Estatuto. Si bien el bando aliado no fue iniciador de una *guerra injusta*, guerra de agresión, sus conductas beligerantes —aun en el entendido de ser defensivas— pueden calificarse como excesivas y encuadrar en los tipos creados por el Estatuto, *v.gr.*, "Destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastaciones no justificadas por necesidades militares", según prescribe el inciso b) del citado artículo. Baste para ello recordar los "bombardeos rutinarios" sobre ciudades alemanas y la devastación de las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, en un momento ya inoportuno y como una muestra de fuerza y prepotencia completamente innecesarias. O en otro caso, bajo los genéricos enunciados de "asesinatos...".

⁴⁶ "Entendemos por Seguridad Jurídica —dice Radbruch—, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etcétera... sino la seguridad del Derecho mismo. La cual requiere, a su vez, cuatro condiciones, a saber: 1) que el derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes, 2) que este derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho Seguro, es decir un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en turno al caso concreto; mediante criterios generales como el de "buena fe" o de las "costumbres", 3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables"; 4) finalmente, el Derecho Positivo —si se quiere garantizar la Seguridad Jurídica—, no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a menudo a merced de una legislación incierta, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley..." G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía*, F.C.E., México, 1951, pp. 40 y 41.

"maltratamiento de prisioneros de guerra...", "otros actos inhumanos...", caben conductas que pudieran ser predicables de los Aliados, tanto como de las fuerzas del Eje. Aparentemente no pudieron incurrir los Aliados en los supuestos señalados bajo el rubro "crímenes contra la Paz", pues no hubo "planeación, preparación, iniciación o ejecución de guerra de agresión".⁴⁷ Sin embargo, respecto de los actos de agresión recibidos por muchos Estados americanos y que les obligaron a tomar parte en la contienda, no se pudo esclarecer por completo la autoría del Eje; aún resta la sospecha sin comprobación, de que las agresiones hubieran sido provocadas o inducidas por alguna potencia Aliada con el propósito de facilitar la incursión en la guerra de tales países a favor de uno de los bandos.

En tal supuesto, y ante la necesidad y el derecho de someter a juicio a los *criminales de guerra*, podría haberse sometido a proceso a todos los criminales de guerra, y no solamente a los de uno de los bandos, puesto que ambos podrían haber cometido acciones de la misma categoría y, por tanto, habrían podido ser considerados igualmente culpables en cuanto a "acciones cometidas en exceso en el ejercicio de la guerra". Por añadidura, y en vista a la consideración de que por *guerra justa* sólo debe admitirse aquella que procure la restauración del derecho lesionado por el agresor, en el momento que el defensor desviara sus pretensiones bélicas de esa finalidad estaría incurriendo igualmente en culpa; toda acción sería excesiva a la mera defensa y restitución del bien tutelado, con lo que la causa se tornaría injusta, pese a que no lo fuese en sus inicios.

7.4. La facultad de enjuiciar

Se ha visto que, en el caso concreto, la tarea de enjuiciar los crímenes de guerra fue realizada por un tribunal creado *ex-profeso* por cuatro de las naciones vencedoras. Por igual se hizo mención de las posibilidades alternas que se ofrecían a la justicia en aquel momento y que finalmente no fueron tomadas en cuenta.

Sobre la solución adoptada queda claro que el fundamento jurídico esgrimido para poder desarrollar una jurisdicción sobre los criminales de guerra, lo fueron normas internacionales convencionales (la Declaración de St. James, la Declaración de Moscú, los documentos de

Yalta, el tratado de Londres, el Estatuto del Tribunal). Sin embargo esto no esclarece a tal jurisdicción como "internacional", puesto que no podía constituirse en ese tenor por cuatro Estados ostentando una representación que no tenían del resto de las naciones, y aún:

... puede objetarse a esta integración limitada a jueces de cuatro naciones, alegando que otras naciones como Bélgica, Polonia, Grecia, Checoslovaquia y Holanda, lucharon también contra la guerra de conquista de la Alemania nazista. Ellos lucharon también y sufrieron todos los horrores de la despiadada agresión de Hitler y sus asociados, ¿por qué no han de tener un asiento en el Tribunal que juzga a los criminales de guerra?⁴⁸

No hay duda respecto a la unilateralidad de la jurisdicción creada. Mas en cuanto al derecho conferido a esas naciones para llevar las riendas del proceso no encuentra otro sustento que el histórico y el de una costumbre mal cimentada.

... en el concepto de justa guerra, el beligerante cuyo derecho ha sido objeto de una transgresión grave, se convierte (en ausencia de una autoridad superior y debidamente cualificada) en el juez que puede legítimamente imponer por fuerza el restablecimiento de su propio derecho. Pero esta teoría, ya exorbitante con respecto a las reglas ordinarias de la justicia y del derecho, es más admisible para la apreciación y el castigo de una responsabilidad colectiva que para la apreciación y el castigo de una culpabilidad individual. He aquí por qué es poco admisible entregar la persona del soberano vencido a jueces designados por sus adversarios victoriosos para un procedimiento penal. Ello tanto más, cuanto que el título de justicia represiva se hace, en tal caso, mucho menos claro. ¿Por qué puede el estado perjudicado convertirse legítimamente, en las condiciones de la justa guerra, en juez y justiciero de su propia causa? Porque el bien común de la colectividad exige imperiosamente que, aunque sea mediante un veredicto de justicia represiva, sean impuestos al Estado responsable y recalcitrante las restituciones, reparaciones y garantías debidas a la comunidad. Pues bien, en ausencia de una autoridad superior que haga justicia, el Estado injustamente perjudicado poseerá *temporalmente, ratione delicti*, jurisdicción re-

⁴⁷ "Charter of the International Military Tribunal", en *A. J. I. L.*, vol. 39, núm. 4, octubre, 1945, Official Documents, art. 6 a), p. 260.

⁴⁸ TABÍO, Evelio, "El tribunal de Nuremberg", en *Criminalia*, año XII, núm. 3, 1º de marzo de 1946, México, 1946, p. 103.

presiva sobre el Estado responsable para imponerle las necesarias satisfacciones... Mas no es evidente que el bien común de la colectividad, única disculpa de esta anomalía exija rigurosamente, además de las satisfacciones útiles a la comunidad cívica, un castigo personal contra los dirigentes del Estado transgresor del Derecho, ni que esta culpabilidad individual sea juzgada y sancionada. Pues bien, si hay duda razonable la competencia jurisdiccional del Estado lesionado no cabe sea legítimamente presumida; porque en tal materia, es derogatoria y exorbitante con respecto a las reglas generales del derecho público y del derecho de gentes. Por tanto, no nos atreveríamos a apoyar la tesis de la legitimidad de un procedimiento penal ejercitado por delegación de los estados victoriosos, contra los dirigentes de los estados vencidos, como personalmente culpables de la injusticia inicialmente cometida.⁴⁹

Si por la razón válida del *bien común* se puede someter a la justicia a los colectivos e individuos responsables de la transgresión de la esfera de los estados agredidos, con objeto precisamente de restaurar tal lesión, ¿el propio bien común justifica el castigo vindicativo de dichos sujetos? Si lo que se quiere, con tal proceder, es sentar las bases de medidas preventivas contra un conflicto de semejantes dimensiones hacia el porvenir, tal castigo pudiera ser visto favorablemente. Mas si lo que se pretende con una jurisdicción de este tipo es llevar a cabo una revancha pública y legitimada por la opinión mundial, en el entendido de que así se da por satisfecho el bien común que se ha desestabilizado, entonces queda por desglosar una cuestión de moralidad pendiente. Si es el primer motivo aludido el que se intenta, tal vez el medio es excesivo. Tal procedimiento podrá tener la categoría de una evidencia palpable de lo que la comunidad de naciones considera como actos deleznable y reprochables, pero no queda exento del elemento represivo, y en ello, no es pauta de una moralidad internacional deseable.

Puede pensarse que este tipo de justicia es compensatoria, en el sentido que no hay una pura represalia, sino que se estima en probidad, que ante una irrupción en la esfera de un Estado o de sus individuos, resulta un daño objetivamente mensurable que debe ser compensado por su autor equitativa y proporcionalmente. En el supuesto de un daño inconmensurable o que no pueda ser compensado

⁴⁹ BRIÈRE, P. Y DE LA, en *op. cit.* (45), pp. 53 y 54 (el subrayado es mío).

en forma igual, se tendría que buscar un sustituto en algún tipo diverso de bien, para lo que habría que determinar cuál podrá ser este sustituto, qué tipo de bien cumple la función compensatoria. Tal determinación quedaría sujeta a la concepción subjetiva que del valor mismo tuviesen ya el agresor o el agredido; inclusive podría dejarse la determinación en manos de uno o varios sujetos auténticamente neutrales, si los dos interesados convienen en su designación. Pero con esto, el criterio compensatorio para el caso de un bien de tipo axiológico o moral, necesariamente sigue pautas subjetivas.

En cuanto al segundo motivo justificatorio para llevar a cabo la justicia y el castigo individualizado de criminales de guerra —lo que sería el afán de represalia—, difícilmente se encontraría presidido por la noción de *bien común de la colectividad* al que se ha hecho mención renglones atrás. Se descartan mutuamente, no se puede entender al *bien común* cimentado sobre las bases de un desquite personal o estatal. Si lo que se busca es ajustar las intenciones políticas que uno o varios países vencedores puedan tener trascendiendo el plano nacional para convertirse en proyecto ultrafronterizo y, con ello, volverse doblemente vencedores, no resultan ni jurídica ni moralmente justificables ambas pretensiones. Así, el juicio se tornaría peligroso, juego inmoral en el que todos los restantes elementos fungen el papel de simples piezas, y en este entendido, no hay justificación ni moral, ni política para enjuiciar a criminales de guerra cuyos delitos, creados para poner en marcha una maquinaria semejante, tendrían que ser enjuiciados por un cuerpo en el que no tuvieran cabida los vencedores.

7.5. Jueces y partes

Si finalmente incurrieron en los mismos supuestos de crímenes de guerra tanto agresores como agredidos, habría que encontrar fundamentos para determinar quién va a juzgar a quién. Accediendo en el castigo a los culpables, la pena debe ser aplicada a *todos aquellos que incurrieron en el supuesto típico*, sin importar su alineación. Pues, ¿a qué se acogen los que juzgan los mismos crímenes que les son imputables?, ¿con qué ley y por medio de qué jurisdicción se determina la responsabilidad? Habría que definir y encontrar una serie de matices:

Y, ¿qué decir finalmente del beligerante que en el curso de la guerra se pasa de un bando a otro, como ha ocurrido en la con-

tienda que hemos presenciado?, ¿o del que interviene junto al beligerante justo cuando ya la guerra se acerca a su final victorioso, sin haber recibido injuria, y sólo para tomar su parte en el botín?, ¿y del que en una contienda tan compleja como la última, en que en realidad se han supuesto varias guerras, es agresor respecto de un país y agredido respecto de otro? Estos casos ilustran especialmente la dificultad prácticamente casi insoluble del problema de la responsabilidad por razón de guerra en la realidad internacional de hoy.⁵⁰

Se ha dicho respecto de la representación de un Estado que firmara un pacto con el agresor, siendo él agresor a su vez de un país vecino, lo mismo que de los representantes de un gobierno que recién inauguró el uso de la bomba atómica, que no pueden haber estado autorizados para constituirse en jueces del crimen contra la paz y de crímenes contra la guerra.⁵¹

Ante todo, debe encararse el problema del enjuiciamiento por delitos y crímenes de guerra en las facciones *vencedoras*. En principio, "cada beligerante debería castigar los crímenes de guerra de sus súbditos",⁵² pues el hecho de ganar o perder un duelo de este tipo no añade ni quita a la enormidad de los actos antijurídicos e inmorales efectiva y naturalmente cometidos en su curso. El resultar victorioso no anula, ni convalida, ni legitima los propios delitos. Pareciera que en el punto se enfrentan dos distintas *moralidades jurídicas*: la una, que ve al vencido, por el hecho de serlo (casual, azarosamente; justa o injustamente), con una moral disminuida, con la marca de perjudicial o nociva; la otra, que le concede un rango moral y ético más elevado al vencedor, por definición. Mas si ambos cometen las mismas acciones, y por tanto caen en iguales supuestos de inmoralidad o amoralidad, ¿por qué se castiga a uno y se deja impune al otro? Se contestará: porque uno ha dado motivo a la agresión y el otro se ha defendido, por lo cual, por añadidura, se le otorga el poder de juzgar a aquél. Y si el que llega invicto al término, ha sido el agresor, ¿cómo proceder entonces? A menos que se esté dispuesto a admitir que es el triunfo o el fracaso en una situación de guerra, lo que la legitima, lo que le da el *status* de guerra justa, debería comenzarse a entrever en la justicia igualitaria para vencidos y vencedores una posible forma de construcción de un genuino nuevo orden de Derecho Internacional.

⁵⁰ TRUYOL, A., *op. cit.* (45), p. 56.

⁵¹ MERLE, M., *op. cit.* (10), p. 117. (La traducción es mía.)

⁵² TRUYOL, A., *op. cit.* (45), p. 57.

8. PROPUESTA: UNA JUSTICIA PARA LOS CRIMINALES

Como se ha reiterado, el ideal perseguido al entablar o rechazar una guerra, es el logro de un beneficio: la reparación de un daño y su castigo, para el agredido,⁵³ la expansión hegemónica o la reivindicación de algún provecho por vía de razones políticas o de Estado,⁵⁴ para el agresor (o incluso el falso entendido de pedir, a su vez, la reparación de una injuria). Cada bando alberga desde siempre la esperanza de ganar la lucha, pues con ello se alcanza el ideal inicialmente perseguido y frecuentemente otros más, lo cual desvirtúa la razón misma de la fatídica contienda:

Declarada con causa justa la guerra, no debe ser llevada para ruina y perdición de la nación a quien se hace, sino para la realización del derecho y la defensa de la patria y de la propia república y con el fin ulterior de conseguir la paz y la seguridad.⁵⁵

Si la intención posterior a la victoria es reiniciar la paz, no sólo con relación a la situación nacional interna sino a la internacional, y más concretamente, respecto al beligerante vencido (agresor o agredido), la normatividad internacional que se aplique sería decisiva para borrar o ensanchar definitivamente las diferencias entre los contendientes. La cuestión de los criminales de guerra ha dado lugar a una división de opiniones: por un lado, un sector dolido que exige un castigo público y universal por el daño infligido;⁵⁶ y por otro, quienes recomiendan equilibrio, tolerancia y una justicia proporcionada y legal, que no deje pasar por alto el crimen internacional, pero que tampoco lo sancione

⁵³ "La única y sola causa justa de hacer la guerra es la injuria recibida." Victoria, cuestión tercera, cuarta proposición, *op. cit.* [(41), edic. Porrúa], p. 82.

⁵⁴ "La diversidad de religión no es causa justa para una guerra", cuestión tercera, primera proposición, p. 81; "No es justa causa de guerra el deseo de ensanchar el propio territorio", cuestión tercera, segunda proposición, *loc. cit.*; "Tampoco es causa justa de guerra la gloria o el provecho particular del príncipe", cuestión tercera, tercera proposición, *loc. cit.*, Victoria, *op. cit.* (41).

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 100-101.

⁵⁶ En este grupo, y focalizando la opinión pública, el elocuente Sheldon Glueck, que afirma que los esfuerzos por retardar la justicia de Nuremberg contra los criminales de guerra, paralizaban la única justicia aplicable al caso, con lo que se haría "burla de la justicia que demandaban los hombres libres para que fuera impartida a los alemanes culpables de las monstruosas afrentas" y se incurría de nuevo en los falsos procedimientos de criminales de guerra de 1919. S. Glueck, *op. cit.* (5). (La traducción es mía.)

tan severa y desmedidamente que provoque con ello nuevas causas de rencores entre los juzgados y juzgadores. La propuesta por la aplicación de los "principios de justicia civilizada".⁵⁷

Es claro que ambas posturas coinciden en no pasar por alto las conductas delictuosas originadas y desarrolladas con motivo de la guerra, evitando con ello una posible impunidad; mas difieren en algunos puntos que merecen atención: en tanto la primera postura demanda simplemente el castigo a los vencidos como una forma obligada de reparación por los daños y perjuicios causados a la humanidad-sujeto ofendido —la vindicación indemnizatoria—, la otra posición —"justicia internacional civilizada"— propone la reparación por medio del sistema jurídico internacional, adecuado rasero que se presenta como preeminente aún por encima de una urgencia vindicativa. Aunque ambas tendencias parecen ser la misma, la diferencia estriba en que el grupo *vindicador* concede utilidad al Derecho Internacional en cuanto sea propicio para obtener la venganza legitimada para un grupo, que es el de los vencedores y sus adeptos; en todo lo que aquel Derecho obstaculizara el logro de dichos fines, una labor interpretativa, de integración, o aun de creación de un nuevo Derecho, sería adecuada. Con ello se serviría a los intereses unilaterales de un puñado de naciones, cuyos afanes por vengar sus particulares pérdidas y por legitimar sus propios actos no podría diluirse en una idea de *justicia internacional*; para el otro grupo, el aparente formalismo que postula deja sitio todavía para la flexibilidad y enfriaría los ímpetus vengativos, dejando a salvo el verdadero objetivo que se persigue al castigar a los criminales de guerra, que no es otro que hacer emerger de nuevo la confianza en un sistema normativo internacional que *acerque* a las naciones y no las distancie más; que se recuperase la fe en los procedimientos e instancias jurídicas conciliatorias y que se sentasen verdaderamente las bases para una única y definitiva asociación de Estados, que sin perder sus atributos de autonomía y soberanía, estuviesen dispuestos a intentar en cualquier instante la solución de los problemas que aquejan a alguno o varios de sus miembros.

⁵⁷ "Estos principios demandan el que un individuo no sea castigado por la comisión de un acto, por espantoso que éste sea, a menos que tal acto fuera considerado como crimen por una ley aplicable en el tiempo y en el lugar en el que se cometió (*nulla poena sine lege*) y a menos que la culpa del individuo fuera establecida por una corte competente utilizando procedimientos regulares para ello (debido proceso legal)" Q Wright, *op. cit.* (7), pp. 257-258. (La traducción es mía).

Con tales ideas, el ejercicio de una auténtica justicia y de un orden jurídico legalista podía haber conducido a que, por vez primera, se ensayase una justicia de guerra internacional que no distinguiera entre *criminales de guerra vencidos* y *criminales de guerra vencedores*; que de una vez y en congruencia con la consideración de la terrible entidad del daño que la humanidad se había causado a sí misma, se investigase y sancionase a *los criminales* sin importar la posición obtenida azarosamente por los combatientes en la guerra; y con ello, probar la genuina convicción de las partes en la recomposición de la paz, al procesar cada bando por igual *sus criminales*.

Finalmente, todo esto lleva a reflexionar sobre conceptos que permanecen confusos: se habla de la guerra y en su torno se entretienen teorías sobre el *derecho* a la guerra y el *derecho* en la guerra, como si ésta, que es la muestra más tangible del Derecho fallido —el *no-derecho*—, pudiera tener una mística interna de justicia convalidatoria. La guerra es el caos social pero también el jurídico, "pues donde falta la justicia comienza la guerra".⁵⁸ Es el espacio de ruptura de la legalidad que, paradójicamente, también está normado y revestido de legalidad, para restaurar la normalidad quebrantada. Y sin embargo, la norma que se aplica inmediatamente después de la victoria (cuando se *supone restaurado* el Derecho), es una norma especial y privativa: la norma del vencedor, que en el mejor de los casos recrea el Derecho vigente, de aplicación entre las naciones, pero que puede eludirlo para aplicar otro más acorde con sus afanes vindicativos para el caso concreto.

Aquí, entonces, se presenta la posibilidad de hablar de un Derecho de reconocimiento universal, que se aplicara en forma genérica a las particularidades que siguen al término de las guerras, ya sea sentando las bases que articularían casuísticamente las circunstancias, ya reglamentando con el mayor detalle posible lo que atañe no sólo al vencido sino al vencedor por igual. Esto se antoja ocioso, puesto que ese Derecho *ya existe* —no otra cosa serían las costumbres, tratados, convenciones e instrumentos internacionales que existen y siempre han existido en la modernidad de las relaciones entre los pueblos—; sin embargo, es también un Derecho que parece *suspenderse* en vista de la naturaleza extraordinaria que la guerra y su saga tienen. Y si los conceptos *ius ad bellum* y *ius in bellum* se refieren a contenidos extraordinarios de la normatividad aplicada a la guerra, en su inicio y

⁵⁸ GROCIO, Hugo, *op. cit.*, (32), t. I. Libro Segundo, Caps. I, II, 1, p. 258.

desarrollo, un *ius post bellum* radicaría su contenido en la necesaria regulación de la situación posbélica referida a todos sus protagonistas, como un momento de tránsito hacia la restauración de la normalidad y normatividad nacionales e internacionales, y que no se confunde, aunque es un sector del mismo, con el Derecho más general que regula las relaciones entre las naciones. Un Derecho de esta naturaleza tendría por soporte el compromiso plurilateral: se trataría de un sistema elaborado por todas las naciones que se tienen a sí mismas como destinatarios potenciales o actuales del mismo; que si bien llegasen a reconocer la pasada existencia de lagunas y fisuras del Derecho que rige a las naciones, estuviesen dispuestas a formular para el porvenir, principios jurídicos sistemáticos que comprueben un sistema *justo* y no meramente habilitado, de eficacia retroactiva; que no enfrentase en posturas irreconciliables a los valores Justicia y Seguridad Jurídica. Que no dejase duda respecto a lo que es justo y a lo que no lo es:

Donde se origine una pugna entre Seguridad Jurídica y Justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera... empero... donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el Derecho Positivo, allí la ley no es solamente derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica.⁵⁹

Se trataría de un Derecho que no alentase la impunidad, pero que tampoco optase por la improvisación forzada de la represión; y en el que el dilema moral que se llegase a presentar no implicara el sacrificio de un derecho estatuido y justo por uno acorde a las "normas de cultura" y a las pretendidas necesidades vindicativas de una mal planteada dinámica de lo normativo, que escudara razones de estado e intereses políticos de algunos. En una frase, que plantee la justicia en la administración del derecho entre las naciones.

Si adscribimos a un sistema jurídico el significado mínimo de que ha de consistir en reglas generales... este significado connota

⁵⁹ RADBRUCH, G., "Arbitrariedad...", *op. cit.* (1), pp. 36, 37, 38.

el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes, aunque los criterios para determinar cuándo los casos son semejantes sean hasta aquí sólo los elementos generales especificados en las reglas. Es verdad, sin embargo, que un elemento esencial del concepto de justicia es el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes. Esto es justicia en la administración del derecho, no justicia del derecho. Hay así, en la noción misma del derecho como consistente en reglas generales, algo que nos impide tratarlo como si desde el punto de vista moral fuera totalmente neutro, sin ningún contacto necesario con los principios morales. La justicia procesal natural está formada, por lo tanto, por aquellos principios de objetividad e imparcialidad en la administración del derecho que complementan exactamente este aspecto de él, y que tienden a garantizar que las reglas sean aplicadas solamente a aquellos casos genuinamente comprendidos en ellas, o al menos, a reducir al mínimo los riesgos de desigualdad en este sentido.⁶⁰

Finalmente, ¿por qué considerar que en Nuremberg se ha creado un nuevo orden de Derecho, una nueva serie de principios de Derecho Internacional? ¿Acaso porque los existentes, y que informaban efectivamente el orden jurídico habían perdido su validez por tratarse de derecho injusto? Si las circunstancias, jurídico-político-sociales obligaban en apariencia a sacrificar una vía jurídico moral en aras de otra más conveniente para el momento, hubiera sido preferible enfrentar tal verdad, reconociendo que se obraba en aras de intereses no generalizables y no recurrir a argumentos atacables por su fragilidad.

La verdad inobjetable de las palabras de Hart con ocasión de la expresión de sus diferencias conceptuales con Radbruch, pudiera tener vigencia en este caso, pues:

...era menester optar entre dos males: el de absolverla⁶¹ y el de sacrificar un principio moral muy precioso incorporado a la mayor parte de los sistemas jurídicos... [se refiere al principio de legalidad penal]... si hemos aprendido algo de la historia de la moral, es que la reacción adecuada frente a un conflicto

⁶⁰ HART, H. L. A., "Separación entre Derecho y Moral" en la compilación *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Depalma, Bs. As., 1962, pp. 54 y 55.

⁶¹ Se refiere HART, en su cita, a un caso judicial alemán de cierta relevancia, en el que se muestra la incorporación de la doctrina Radbruchiana sobre el derecho positivo injusto, y en el que finalmente se tiende a la aplicación de la retroactividad penal y a la violación del principio de legalidad penal.

de este tipo, es no ocultarlo. Las situaciones en que la vida nos fuerza a elegir entre el menor de dos males, deben ser asidas, como las ortigas, con la conciencia de que no lo son. El defecto de este uso del principio de que en ciertos puntos límites lo que es totalmente inmoral, no puede ser derecho o lícito, es que servirá para enmascarar la verdadera naturaleza del problema de enfrentarnos y favorecerá el optimismo... de que todos los valores que estimamos terminarán por ensamblarse en un sistema único, sin que ninguno de ellos tenga que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro.⁶²

En el caso tratado aquí, tal vez lo anterior resulte demasiado claro; al optar por la justicia de Nuremberg, se consideró preferible la violación de un orden jurídico justo y vigente, para de esa forma, poder aplicar un castigo a quienes eran moralmente culpables y sentar ejemplaridad.

Después de todo, ya está hecho; pero es preciso no olvidar que, en las circunstancias, no se ha logrado una cabal legitimación, pese a la aparente adhesión o el silencio internacionales. Es preciso revisar las pretendidas bases de ese nuevo orden internacional para evitar los yerros y eludir sus ramificaciones equívocas. Se requiere recordar constantemente que

...si esta guerra se hace en contra del autoritarismo y para restaurar la libertad, sería mal comienzo empezar hollando el más característico de los principios liberales: el respeto al derecho. Exigírselo a cada uno de los pueblos y no cumplirlo la comunidad internacional, que debe dar a todos el ejemplo, será el mayor contrasentido.⁶³

Como último punto, que tal vez ha debido ser el primero, anotar que no ha sido la intención de este escrito hacer la apología bélica. La guerra no es un bien, pero sí una terrible realidad. Ése debería ser el primer aserto del que partiera toda pretensión por consolidar un nuevo orden normativo internacional.

El espíritu ireneísta de quien esto escribe, la obliga a ver con cierto escepticismo cualquier construcción con miras a la proyección universal que no tomase en cuenta un genuino sentido de justicia. Todo ello,

sin desconocer una realidad, apuntada ya hace tiempo por un gran pacifista:

El estado de Paz entre los hombres que viven juntos, no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza.⁶⁴

⁶² HART, H. L. A., *op. cit.* (60), p. 48.

⁶³ TABÍO, E., *op. cit.* (48), p. 100.

⁶⁴ KANT, I., *La Paz Perpetua*, secc. segunda, Tecnos, Madrid, 1985, p. 14.

EN TORNO A LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

SUMARIO: 1. *Las obligaciones jurídicas y el dinero.* 2. *Características de las obligaciones pecuniarias.* 3. *Las obligaciones no pecuniarias y el dinero.* 4. *Diversas clases de obligaciones pecuniarias.* 5. *Funciones y envilecimiento de la moneda.* 6. *La indexación en las leyes.* 7. *El nominalismo monetario y la inflación.* 8. *La teoría de la imprevisión y las cláusulas de escala móvil.* 9. *Las obligaciones en moneda extranjera.* 10. *A manera de colofón.*

1. LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS Y EL DINERO

Gran importancia se ha reconocido en nuestros días al *dinero* como objeto de las obligaciones jurídicas, al extremo de que no sólo pueden catalogarse éstas en dos grupos, a saber: obligaciones *pecuniarias* y obligaciones *no pecuniarias*, sino que a pesar del nombre de estas últimas, incluyen también ellas al dinero como parte integrante de las mismas.

Por ello, Borja Soriano advierte que "las obligaciones que tienen por objeto *dinero*, son las más numerosas, las más frecuentes en la práctica",¹ y asimismo, Jean Carbonnier, el más renombrado civilista de hoy día en Francia, ha podido sentenciar que "la obligación consistente en la entrega de una suma de *dinero* es la obligación por excelencia, y constituye, además, la base del crédito".

A ello se debe igualmente que los códigos civiles más modernos de Europa hayan dedicado a las obligaciones *pecuniarias* una sección especial y varios preceptos en particular, a fin de destacar su individualidad y sus peculiares características.

Así, el Código Civil de Italia de 1942 contiene la sección "*de las obligaciones pecuniarias*" compuesta de ocho artículos, en los que, ante todo, se adopta el principio del *nominalismo monetario* para el pago de las obligaciones de una suma de *dinero*, al disponer su Art.

¹ BORJA SORIANO, M., *Teoría General de las Obligaciones*, 9a. ed., Porrúa, México, 1984, p. 74.

1277 que "las obligaciones *pecuniarias* se extinguen con moneda que tenga curso legal en el Estado en la época del pago y por su valor nominal", y agrega que "si la suma debida estaba determinada en una moneda que no tiene curso legal en la época del pago, debe hacerse éste en moneda legal equivalente al valor de la primera". Las demás disposiciones no ofrecen mayor interés para el presente estudio por referirse a deudas de suma de moneda que no tiene curso legal o de especie monetaria que tiene valor intrínseco, así como al pago de intereses en las obligaciones pecuniarias.

Más amplio y acertado es el Código Civil de Portugal de 1967 que consagra asimismo una sección general a "las obligaciones *pecuniarias*" y subdivide éstas en obligaciones *de cantidad*, en obligaciones *de moneda específica*, y en obligaciones *en moneda extranjera*.

Por lo que toca a las obligaciones *de cantidad*, aunque se adhiere en su Art. 550 al principio *nominalista* y establece como regla general que el cumplimiento de dichas obligaciones ha de hacerse en moneda que tenga curso legal en el país en la fecha en que se efectúe el pago y por el valor nominal que la moneda tuviera en ese momento; permite, sin embargo, la estipulación en contrario, y autoriza expresamente en el siguiente artículo la actualización de las obligaciones pecuniarias, haciendo posible la actualización a causa de las fluctuaciones del valor de la moneda, por medio del "reenvío", a falta de otro criterio legal, a los índices de precios, "a fin de restablecer entre la prestación y la cantidad de mercancías a que ella equivale, la relación existente en la fecha en que la obligación se constituyó". Esta facultad de actualización de la prestación pecuniaria tiende a restaurar su valor adquisitivo originario, considerando jurídicamente atendibles para tal efecto, según hace notar Antunes Varela, los precios de aquellas mercancías que más influyen en el tren de vida de la generalidad de la población, es decir, los coeficientes medios de los precios de las mercancías que influyen en el costo general de vida.²

Los restantes Arts. 552 a 557 del mismo Código lusitano admiten la validez de las obligaciones *de moneda específica*, cuando el deudor se compromete a pagar en moneda metálica o en el valor de esa moneda, y finalmente, el Art. 558 permite las obligaciones *en moneda extranjera*, llamadas en general "*obligaciones valutarias*", y autoriza al deudor, si así lo prefiere, a efectuar el pago de ellas en moneda nacio-

² DE MATOS ANTUNES VARELA, Joao, *Das Obligacoes em Geral*, Coimbra, 1970, núm. 206, p. 625.

nal al tipo de cambio vigente en la fecha y lugar de cumplimiento, en el caso de las "*obligaciones valutarias impropias*", salvo que esta facultad, "*facultas solvendi*", hubiera sido suprimida por los interesados, o sea que en este último caso la obligación deja de ser alternativa y el pago tiene que realizarse precisamente en moneda extranjera.³

Sobre este tema, nuestros más conocidos tratadistas de obligaciones, Borja Soriano y Gutiérrez y González, sólo dedican párrafos aislados y circunstanciales a las obligaciones de dinero, el primero a la necesidad de que el objeto de la obligación sea apreciable en dinero y al pago de las deudas de dinero,⁴ y el segundo, al pago de obligaciones con objeto de dar dinero,⁵ pero no estructuran de una manera completa los diversos aspectos y cuestiones de este mismo tema.

El Código Civil de Napoleón de 1804, al igual que el Código suizo de las Obligaciones, no contiene preceptos especiales para regular de manera general las obligaciones pecuniarias y la misma carencia de esta clase de disposiciones se advierte en el Código civil alemán de 1900 en el cual solamente se encuentran sobre el particular estos dos insuficientes artículos:

Art. 244. Si una deuda dineraria expresada en moneda extranjera ha de pagarse en el país, el pago puede efectuarse en moneda del Reich a no ser que el pago en moneda extranjera esté estipulado expresamente.

El cambio se realiza según el valor en curso que esté vigente en el tiempo de pago para el lugar del pago.

Art. 245. Si una deuda dineraria ha de pagarse en un determinado tipo de moneda que al tiempo del pago ya no se encuentra en circulación, el pago ha de hacerse como si no estuviese determinado el tipo de moneda.

El Código Civil de Argentina de 1871, sin duda uno de los mejores de América, tiene un capítulo acerca "*de las obligaciones de dar sumas de dinero*", que no destaca las peculiares características de esta clase de obligaciones, porque sujeta tales obligaciones al régimen de las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y al régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas (Art. 616); suple las omisiones del acto

³ DE MATOS ANTUNES VARELA, J., *op. cit.*, núm. 212, pp. 631 a 633.

⁴ BORJA SORIANO, M., *op. cit.*, pp. 73, 74 y 431 y sigs.

⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., *Derecho de las Obligaciones*, 3a. ed., Cajica, Puebla, 1968, p. 672.

constitutivo de tales obligaciones, cuando en él no se ha señalado tiempo y lugar de pago (Art. 618); establece la moneda de curso legal para el pago de dichas obligaciones (Art. 619); regula cuestiones relativas a intereses (Arts. 620 a 624); y, por una reciente y atinadísima reforma, agregó esta norma tan necesaria que debiera acogerse en cualquier legislación:

"Si las leyes de procedimiento no previeren sanciones para el caso de inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesoria del pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios". (Art. 622, *in fine*).

Dentro de nuestra legislación patria, se alude de manera general a la moneda nacional en los Arts. 635 y 636 del Código de Comercio, estableciendo que el peso mexicano servirá de base a todas las operaciones de comercio y para los contratos hechos en el extranjero y que deben cumplirse en la República Mexicana, así como los giros que se hagan en otros países.

La Ley Federal de Protección al Consumidor menciona el precio de diversos contratos en varias de sus disposiciones tendientes a restringir la libertad contractual para evitar abusos y perjuicios en detrimento de los consumidores, y especialmente prohíbe sustituir la moneda por otros medios solutorios en las deudas de dinero, al establecer en su Art. 51 que "queda prohibida la práctica de entregar vales, fichas o mercancías, como "cambio" o saldo a favor del consumidor en lugar de moneda del cuño corriente".

Nuestro código civil de 1928, al igual que los de su época, no reúne en una sección especial los artículos relativos a las obligaciones *pecuniarias* en general, porque éstas son en parte materia de la Ley Monetaria de 1931, y, además, se encuentran dispersos en dicho Código Civil una serie de preceptos que se refieren concretamente a las obligaciones de *dinero*, o que por lo menos hacen referencia a cantidades de dinero a propósito de las obligaciones o de los contratos, todo lo cual hace conveniente en nuestro Derecho Civil el estudio sistemático y conjunto de esta clase de obligaciones.

Tres artículos de la Ley Monetaria ameritan atención preferente para fines de este estudio, cuyo texto es el siguiente:

Art. 7o. Las obligaciones de pago *en moneda mexicana* se solventarán, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, entregando hasta el límite de su poder liberatorio, en su caso, billetes o monedas metálicas de curso legal, por su valor nominal o al valor de cotización que rija en la fecha en que se efectúe el pago. . .".

Art. 8o. La *moneda extranjera* no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Art. 9o. Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contra será nula.

De los diversos artículos del Código Civil que mencionan las obligaciones de *dinero*, o que las relacionan con cantidades de dinero, pueden citarse sobre todo, los siguientes:

Art. 311. Determinados por convenio o por sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. . .

Art. 359. Cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, el juez fijará, con audiencia de aquél, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educación del menor, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias. Por las mismas razones podrá el juez alterar la cantidad que el que nombró tutor hubiere señalado para dicho objeto.

Art. 554. El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, fijará, con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración y el número de sueldos de los dependientes necesarios. Ni el número ni el sueldo de los empleados podrán aumentarse después, sino con aprobación judicial.

Art. 557. *El dinero* que resulte sobrante, después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las rendiciones de capitales y el que se adquiriera de cualquier otro modo, será impuesto por el tutor, dentro de tres meses, contados desde que se hubieren reunido dos mil pesos, sobre segura hipo-

teca, calificada bajo su responsabilidad, teniendo en cuenta el precio de la finca, sus productos y la depreciación que puede sobrevenir al realizarla.

Art. 730. El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia... será la cantidad que resulte de multiplicar por 3 650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio.

Art. 761. Cuando se use de las palabras muebles o bienes muebles de una casa, se comprenderán los que formen el ajuar y utensilios de ésta y que sirven exclusiva y propiamente para el uso y trato ordinario de una familia, según las circunstancias de las personas que la integren. En consecuencia, no se comprenderán: *el dinero*...

Art. 1461. Los legados de *dinero* deben pagarse en esa especie, y si no hay en la herencia, con el producto de los bienes que al efecto se vendan.

Art. 1465. Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de *dinero* por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Art. 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios... Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región...

Art. 1917. "... Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en *dinero*..."

Art. 2187. La compensación no procede sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de *dinero*, o cuando siendo fungibles las cosas debidas son de la misma especie y calidad, siempre que se hayan designado al celebrarse el contrato.

Art. 2248. Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en *dinero*.

Art. 2317. Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que

garanticen un crédito mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado...

Art. 2320. Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública...

Art. 2344. Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito.

Art. 2384. El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de *dinero* o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Art. 2399. La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de *dinero* o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada.

Art. 2406. El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos mensuales.

Art. 2407. Si el predio fuere rústico y la renta pasare de cinco mil pesos anuales, el contrato se otorgará en escritura pública.

Art. 2535. Los dueños de establecimientos en donde se reciben huéspedes son responsables del deterioro, destrucción o pérdida de los efectos introducidos en el establecimiento con su consentimiento o el de sus empleados autorizados por las personas que allí se alojen, a menos que prueben que el daño sufrido es imputable a estas personas, a sus acompañantes, a sus servidores o a los que los visiten, o que proviene de caso fortuito, fuerza mayor o vicios de los mismos efectos.

La responsabilidad de que habla este artículo no excederá de la suma de doscientos cincuenta pesos cuando no se puede imputar culpa al hostelero o a su personal.

Art. 2555. El mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder...

II. Cuando el interés del negocio para que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad...

Art. 2556. Sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos.

Art. 2774. La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de *dinero* o de una cosa mueble o raíz *estimadas*, cuyo dominio se le transfiere desde luego.

Art. 2800. Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad de *dinero* si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.

Art. 2851. Para otorgar una fianza legal o judicial por más de mil pesos se presentará un certificado expedido por el encargado del Registro Público, a fin de demostrar que el fiador tiene bienes raíces suficientes, para responder del cumplimiento de la obligación que garantice.

Art. 2945. La transacción que previene controversias futuras debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos.

Hay además otros preceptos del mismo Código civil que en forma implícita hacen alusión también al *dinero*, en cuyo caso se encuentra la expresión de "*cosas estimadas*", como sinónimo de cosas a las que las partes han fijado un determinado precio en *dinero* al celebrar el contrato, como se advierte en el mencionado Art. 2774 referente al contrato aleatorio de renta vitalicia y en esta otra disposición a propósito del contrato de comodato:

Art. 2506. Si la cosa ha sido *estimada* al prestarla, su pérdida, aún cuando sobrevenga de caso fortuito, es de cuenta del comodatario quien deberá entregar el precio, si no hay convenio expreso en contrario.

2. CARACTERÍSTICAS DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

El *dinero* entendido como moneda nacional no es una mercancía, porque su contenido y esencia son sólo de carácter intelectual y abstracto, consistente en estar dotado de *curso legal*, para poder utilizarse de medio en el intercambio de bienes o de servicios y para servir de instrumento liberatorio obligatorio, con total independencia de los signos materiales, es decir, de las monedas metálicas o de los billetes de papel, a que se encuentre incorporado aquel elemento intelectual o abstracto.

Esta esencia del dinero hace que en la entrega del mismo para el pago de las obligaciones *pecuniarias* no puedan influir las cualidades de los mencionados signos materiales, por cuyo motivo se excluye toda consideración relativa a la calidad del objeto y no pueden alegarse los vicios ocultos que pueden reclamarse cuando se trata de entrega de mercancías, por ser absolutamente inconcebible una reclamación de

esta clase cuando se trata del cumplimiento de las obligaciones *pecuniarias*.

Otra nota distintiva de las obligaciones *pecuniarias* la ofrecen los efectos que produce el incumplimiento de ellas.

Cuando se incumple una obligación no pecuniaria, el acreedor que pretende obtener la consiguiente reparación a su favor, tiene que probar la existencia y el monto de los daños y perjuicios directos e inmediatos que le causó tal incumplimiento a fin de poder resarcirse del menoscabo que ha sufrido su patrimonio.

En cambio, esta doble carga de la prueba no existe cuando se incumple una obligación pecuniaria, ya que en este supuesto interviene el legislador para eximir de la carga de la prueba al acreedor lesionado, que es lo que hace el artículo 2117 del Código Civil.

La responsabilidad civil, dice este precepto, puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Si la prestación consistiese en el pago de cierta cantidad de *dinero*, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

Por otra parte, la *especificación* o *individualización* que conforme al Art. 2015 del Código civil trasmite el riesgo al acreedor en el caso de las obligaciones genéricas, haciendo que esa transmisión se produzca desde "el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor" y, por tanto, aún antes de la entrega, no opera para las obligaciones pecuniarias en las que es necesaria la entrega misma del dinero al acreedor y no basta la especificación o individualización para la transmisión del riesgo al acreedor.

Finalmente, las obligaciones *pecuniarias* conservan siempre inalterable su identidad, aunque sobrevenga el incumplimiento de ellas, ya que si el deudor deja de cumplirlas, el acreedor puede exigir judicialmente el embargo de bienes del deudor y el remate de los mismos para con su producto obtener el pago del dinero que se le adeuda, por lo que también en este caso, es dinero lo que se le debía como dinero también es lo que se le paga.⁶

⁶ CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, trad., Bosch, Barcelona, 1971, pp. 100 y 101.

No ocurre lo mismo cuando se trata de obligaciones *no pecuniarias*, dado que ante el incumplimiento de ellas por parte del deudor, no siempre es posible al acreedor lesionado obtener mediante la ejecución forzada exactamente la misma prestación a que tiene derecho, como en el caso de las obligaciones *pecuniarias*, sino que las más de las veces sólo puede lograr lo que se llama "*la satisfacción por equivalente*" a través de una reclamación de dinero a título de los daños y perjuicios causados por el referido incumplimiento, es decir, en lugar de conseguir el cumplimiento de la específica prestación a que tiene derecho, se le faculta a que a través del secuestro y de la subasta de bienes del deudor se le proporcione una prestación en dinero que equivalga al valor de aquella prestación incumplida.

3. LAS OBLIGACIONES NO PECUNIARIAS Y EL DINERO

El concepto moderno de la obligación jurídica desdobra ésta en dos elementos: *el débito* y *la responsabilidad*, que en síntesis enlaza la necesaria relación personal entre el deudor y el acreedor como constitutiva del *débito*, con el eventual recurso del acreedor sobre el patrimonio o sobre un determinado bien del deudor como constitutiva de la *responsabilidad*.

Esta disección de la obligación jurídica es de gran importancia para el tema que nos ocupa, porque permite descubrir la presencia del *dinero*, unas veces en el *débito*, y otras, en la *responsabilidad*.

Consiste el *débito* en la prestación concreta que tiene que realizar el deudor en favor del acreedor para dar cumplimiento a la obligación. Dicha prestación, según lo hace notar Carbonnier, puede ser sólo de dos clases: o una prestación "*in natura*", o bien una prestación en dinero.⁷ Las prestaciones "*in natura*" o en naturaleza tienen como nota común, según este autor, "su inalterabilidad a las oscilaciones monetarias, con la sustancial consecuencia de eximir al acreedor de los riesgos de la depreciación del dinero", y son de muy variadas especies, dado que dentro de ellas caben las obligaciones de *hacer*, las obligaciones de *no hacer*, y las obligaciones de *dar* en las que el objeto-cosa puede ser un cuerpo cierto o cosa individualizada o un género, pero no una suma de dinero. Al lado de estas obligaciones "*in natura*" o en naturaleza, se encuentran las obligaciones *pecunia-*

⁷ CARBONNIER, J., *op. cit.*, pp. 97 y sigs.

rias en las que la prestación consiste en una entrega de *dinero*, y, por tanto, no se trata de la entrega de una cantidad de cosas, sino de una cantidad de valores, valores jurídicos y no valores económicos.

En consecuencia, por lo que hace al *débito* en una obligación jurídica, puede el *dinero* ser objeto de la prestación y formar parte integrante de la obligación en el caso de las obligaciones *pecuniarias*.

La *responsabilidad*, en cambio, consiste en la facultad otorgada al acreedor lesionado a causa del incumplimiento del deudor, para ir en contra del patrimonio o de un determinado bien del mismo deudor, a efecto de convertir a dinero la prestación incumplida y en esa forma obtener la *satisfacción por equivalente*. A esta *responsabilidad* general que se deriva de toda obligación se refiere el artículo 2964 del Código civil cuando declara que "el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables".

Resulta así de lo anterior que sólo aparentemente hay una separación insalvable entre las obligaciones "*in natura*" o en naturaleza, de un lado, y las obligaciones pecuniarias, por otra parte, cosa que en el fondo no existe, porque en realidad todas las obligaciones jurídicas tienen en su proceso de cumplimiento una relación necesaria o posible por lo menos con el dinero, porque unas de estas obligaciones, cuando se cumplen, se solventan con dinero, que es el caso de las obligaciones *pecuniarias*, y las demás obligaciones jurídicas, cuando se incumplen, se indemnizan también por medio del dinero, inclusive para la reparación del daño moral, a través de la *satisfacción por equivalente*.

Es más, aún en aquellos casos en que a través de la ejecución forzada podría el acreedor lesionado lograr la prestación incumplida por el deudor, está facultado dicho acreedor para preferir que mejor se le indemnice en dinero, mediante el pago de los correspondientes daños y perjuicios *compensatorios*, y obtener así también en este caso la mencionada *satisfacción por equivalente*.

En consecuencia, en las obligaciones pecuniarias y en las no pecuniarias, aunque sea con papeles diferentes, interviene el dinero, al extremo de que una obligación no susceptible de apreciarse en dinero o de una valuación pecuniaria, lisa y llanamente no es una obligación jurídica, sino de otro orden.

A este respecto hace notar Borja Soriano que: "Las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial; así pues, la prestación que constituye su objeto debe tener valor económico,

debe ser valuable en dinero. Esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta... que en caso de incumplimiento se pueda condenar al deudor al pago de su equivalente económico.⁸

El dinero es un ingrediente necesario en todos los casos para que exista una obligación civil, a tal punto que si el dinero no forma parte integrante de una obligación, ésta sencillamente no es una obligación civil o jurídica, sino de otro orden, como sucede con las obligaciones *naturales* y en general con las obligaciones *imperfectas*, en las que si bien existe el *débito*, por cuanto que si se paga o se cumple la obligación no puede reputarse tal acto como una donación, ni puede después el deudor ejercitar la acción de repetición por pago de lo indebido, ciertamente no tiene el acreedor derecho a ir en contra del patrimonio del deudor incumplido y no hay por consiguiente la *responsabilidad*.

Esta falta del elemento constitutivo de la *responsabilidad* se advierte no sólo en las obligaciones *naturales* más conocidas, como son las deudas prescritas y las deudas en juego permitido que rebasan el tope legal máximo, sino también se presenta en el caso del deber de gratitud impuesto al donatario, y que éste incumple cuando se rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza, conforme al Art. 2770-II del Código civil, y que se impone también al adoptado y que éste incumple igualmente cuando rehúsa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza, según los Arts. 405-II y 406-III del Código civil, en cuyos supuestos no puede el donante ni el adoptante exigir judicialmente la ministración de alimentos en contra del donatario o del adoptado, respectivamente, o sea ir en contra del patrimonio del deudor, para obtener la satisfacción por equivalente mediante embargo y remate de bienes, puesto que sólo se permite al donante o al adoptante, respectivamente, llevar a cabo la revocación de la donación o de la adopción, con lo cual se hace desaparecer el *débito* y no se completa éste con la *responsabilidad*.

4. DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES PECUNIARIAS

No todas las obligaciones pecuniarias son iguales y sujetas al mismo régimen jurídico, ya que ellas a su vez pueden clasificarse en

⁸ BORJA SORIANO, M., *op. cit.*, p. 431.

obligaciones pecuniarias *de suma* y en obligaciones pecuniarias *de valor*, entendiéndose que en las primeras el dinero es el objeto directo de la obligación y a la vez el medio de solventarlas, en tanto que en las obligaciones pecuniarias *de valor* no es el dinero el objeto directo de la obligación, sino sólo el medio de solventarlas.

En las obligaciones pecuniarias *de suma*, en las que el dinero es el objeto directo de la obligación, como acontece por ejemplo con la obligación del mutuario en el préstamo monetario, se distinguen dos elementos en el dinero, a saber, un elemento abstracto o intelectual, que es un poder de cambio indiferenciado, como poder patrimonial o económico de servir de unidad de cambio y que proporciona al acreedor la posibilidad de disponer del valor expresado en el valor nominal, y otro elemento material constituido por la pieza metálica o billete de banco o papel moneda al que se encuentra incorporado aquel primer elemento. En estas obligaciones *de suma* se atiende exclusivamente al mencionado elemento intelectual o abstracto, independientemente de los signos, piezas o medios solutorios a los que está incorporado dicho elemento intelectual o abstracto, a diferencia de las llamadas *deudas de moneda individual* o *deudas de especie monetaria*, en las que se atiende no solamente a la suma señalada, sino a las específicas y concretas piezas monetarias en que debe ser cumplida la obligación.

Las obligaciones pecuniarias *de valor* si bien no tienen por objeto directo el dinero, es éste sin embargo el medio de solventarlas a la manera de lo que sucede, por ejemplo, con la obligación del inquilino de indemnizar al arrendador por haberse incendiado por culpa de aquél la cosa arrendada. En estas obligaciones *de valor* se produce "la traducción en dinero de aquello que se debe", según la frase de Antonio Hernández Gil. En otras palabras, mientras que las *deudas de suma* quedarán siempre fijas en su valor nominal, las *deudas de valor*, por el contrario, escaparán a la depreciación monetaria, porque el valor incluido en la deuda no será convertida a dinero sino hasta el día en que se haga efectivo el pago de ellas.⁹

La conversión a dinero de la obligación incumplida por el deudor, para poder el acreedor obtener la satisfacción de su crédito no es una teoría nueva.

⁹ NOIREL, J., *L'influence de la depreciation monetaire dans les contrats de Droit Privé, en Influence de la depreciation monetaire sur la vie juridique privée*, Paris, Libraire General de Droit et de Jurisprudence, 1961, p. 78.

Al efecto, todos estos conceptos que al respecto ha elaborado el Derecho civil moderno en torno a las obligaciones *pecuniarias*, a las obligaciones *de suma* y a las obligaciones *de valor* y a la diferencia entre *débito* y *responsabilidad* tienen, al igual que la mayoría de las instituciones jurídicas de nuestros días, su origen y fundamento en principios del viejo derecho romano que han sido desempolvados y aprovechados por los juristas de hoy día.

En el derecho romano la *manus injectio* decretada por el Magistrado ponía al deudor incumplido en una situación análoga a la de un esclavo *servi loco*, y si después de tres pregones del mismo Magistrado no pagaba la deuda el mismo obligado o no se presentaba un *vindex*, es decir, un tercero que intercediera por el deudor para pagar la deuda de éste o para impugnar judicialmente su fundamento, quedando expuesto en este último caso el propio *vindex* a pagar una sanción de dos tantos el importe de la deuda si fracasaba en dicha impugnación, podía el acreedor insatisfecho vender al deudor en el extranjero *trans Tiberim* o inclusive darle muerte, y si eran varios acreedores los insatisfechos podían, según la ley de las doce tablas, repartírselo a pedazos *tertiis nuncidinis, partis secanto*.

Ahora bien, la *manus injectio* se permitía solamente cuando la prestación a cargo del deudor era pecuniaria, dado que si la prestación era no pecuniaria, para que el Magistrado autorizara al acreedor a que procediera en ejercicio de la *manus injectio* a aprehender a su deudor incumplido, se requería que la citada prestación no pecuniaria fuera previamente estimada en dinero, mediante un *arbitrium litis aestimandae*, para de esa manera hacer posible la liberación del deudor incumplido a través también del pago de una suma de dinero, bien sea por parte del mismo deudor o a través de la intervención del *vindex*.

5. FUNCIONES Y ENVILECIMIENTO DE LA MONEDA

Tres aspectos diferentes hay que considerar en la moneda, los cuales definen a la vez los distintos valores que ella puede representar y la variedad de funciones que pueden asignársele.

Ante todo, corresponde a la esencia misma de la moneda ser un *valor de cambio*, es decir, que la moneda sirve como una *medida común de todos los demás valores*, puesto que es esa precisamente su principal razón de ser y que explica su origen histórico cuando apa-

reció para hacer posible la sustitución o desaparición del trueque. En este sentido la moneda es un instrumento análogo a otras pesas y medidas, como el metro, el gramo, el litro. Este primer aspecto, valor y función de la moneda hace que el volumen de ésta tenga que guardar una correspondencia o proporción adecuada con la cantidad de bienes y de servicios que por su mediación van a intercambiarse en una determinada sociedad, al grado de que si se altera esa proporción o correspondencia pierde entonces su carácter esencial, su principal razón de ser y se convierte en una cosa diferente y causante de engaño o de confusiones. Es lo mismo que ocurre cuando la balanza que emplea un comerciante no establece la equivalencia entre las pesas de un platillo y las mercancías del otro platillo, porque en ese caso dicha balanza ya no es tal, ha perdido su función esencial y es sólo un instrumento de confusión o de engaño.

Infortunadamente, esta necesaria coordinación o armonía entre el monto del circulante monetario y el volumen de bienes y servicios que mediante él van a intercambiarse no se ha mantenido siempre en nuestro país, por lo que se ha pretendido implantar en la legislación el indispensable control a través del Banco de México, encomendándole las decisiones relativas a las cantidades de billetes o de monedas fraccionarias que se juzgue necesario emitir. Con este propósito específico fue reformado prontamente (D.O. de 10 de marzo de 1932) el artículo 13 de la entonces reciente Ley Monetaria de 25 de julio de 1931, aduciéndose al efecto en la exposición de motivos que en lo sucesivo sería el Banco de México quien tendría a su cargo "restablecer el equilibrio, ahora roto, entre el total de signos de cambio y la producción consumible". Sin embargo, la realidad de las cosas ha sido otra, porque tan importante función reguladora no ha sido ejercitada por un organismo técnico como en este renglón debiera hacerlo el Banco de México, sino por las decisiones unipersonales de carácter político emanadas del Presidente de la República, como lo confesó el presidente Luis Echeverría cuando declaró, sin ambages, que las finanzas del país se manejan solamente en Los Pinos y cuando en sus recorridos populistas por rancherías y poblados del país solía distribuir entre los campesinos los paquetes de billetes de las más altas denominaciones acabados de imprimir que en apretadas fajillas llevaban preparados sus ayudantes en maletines especiales.

Al margen de ese indispensable valor de cambio y de esa función esencial de la moneda, puede ésta tener accidentalmente un *valor in-*

trínseco considerada en sí misma, sin hacer relación a otros valores, o sea sin tomarla como una medida común de otros valores. Este segundo *valor intrínseco* es el valor que pueda tener el metal fino de que esté hecha y que hace que pueda por ello servir de instrumento de atesoramiento. Hoy en día este *valor intrínseco* de la moneda ha desaparecido por completo, porque la moneda metálica ha sido sustituida por la moneda fiduciaria o el llamado papel-moneda.

Esta pérdida del *valor intrínseco* de nuestra moneda ocurrió a partir del año de 1935, cuando el presidente Lázaro Cárdenas sustituyó la tradicional moneda de plata, para cambiarla por la *moneda de papel* (bilimboques). Al efecto, el inciso b) del artículo 2o. de la Ley Monetaria establecía originalmente como monedas circulantes "las monedas de plata de un peso del cuño creado por la Ley de 27 de octubre de 1919", y a su vez el artículo 4o. disponía que "las monedas de plata de un peso, del cuño creado por la Ley de 27 de octubre de 1919, tendrán poder liberatorio ilimitado". Ahora bien, las reformas de 1935 suprimieron del artículo 2o. las monedas de plata y establecieron en su lugar, en un nuevo artículo 3o., que "los billetes del Banco de México tendrán poder liberatorio ilimitado", y en el artículo 7o., que "la obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana, se solventará entregando por su valor nominal y hasta el límite de su respectivo poder liberatorio, billetes del Banco de México o monedas fraccionarias del curso legal". Para introducir esta trascendental reforma se adujo en la exposición de motivos por el presidente Cárdenas (*D. O.*, 27 de abril de 1935) que "es indispensable aprovechar la coyuntura que ofrece el alza de la plata, para cambiar nuestro sistema monetario tradicional, basado en la circulación de piezas metálicas, por otro mucho más racional, más eficaz económicamente y más barato, al mismo tiempo dotado de mayor flexibilidad ante contingencias y necesidades en el futuro. Este sistema no puede ser más que el de *moneda de papel, apoyada en una fuerte reserva metálica*", y agregando, además, que las mencionadas circunstancias "decidieron al Poder Ejecutivo a adoptar, sin vacilaciones, la solución consistente en sustituir las monedas metálicas de plata por billetes y por nueva moneda fraccionaria". Este sustancial cambio de nuestro sistema monetario tuvo su complemento al año siguiente, cuando el mismo presidente Cárdenas reformó (*D. O.*, 31 de agosto de 1936) el artículo 1o. de la Ley Monetaria para restablecer que "la unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el "peso", con la *equivalencia que por ley se señalará pos-*

teriormente", aludiendo así a la antes prometida e ilusoria *fuerte reserva metálica* de la reforma de 1935, pero es el caso de que hasta ahora no se ha dotado de ninguna reserva metálica a la desmedida cantidad de billetes que se emiten sin control técnico, sino sólo por razones políticas en la República Mexicana, haciendo que la moneda no tenga hoy día ningún valor intrínseco en nuestro país. La inconvertibilidad actual de nuestra moneda por la falta de una cobertura metálica de ella, hizo perder a nuestro régimen monetario el carácter *metalista* que anteriormente tenía.

Finalmente, en el Estado moderno se ha reconocido como un atributo de su soberanía reservar al Estado en exclusiva no sólo la emisión de la moneda (art. 28 constitucional), sino principalmente conceder a ésta una función liberatoria como instrumento de pago para que dicha moneda sea la única que tenga *curso legal* y para estos efectos se adjudica por el Estado a la moneda lo que se llama su *valor nominal*, valor que el Estado debe cuidar sea una consecuencia del mencionado valor de cambio, a fin de que el volumen de moneda emitida por el Estado corresponda adecuadamente a la cantidad de bienes y de servicios que han de intercambiarse por medio de ella, de tal suerte que el Estado tiene el deber de procurar que el mencionado *valor de cambio* de la moneda o el poder adquisitivo de ella se acerque lo más posible al *valor nominal* que le asigne, ya que cuando no lo hace así el Estado provoca él mismo y nadie más que él, el llamado fenómeno de la *inflación monetaria*,¹⁰ comparable a una *erosión monetaria* que evoca la degradación irreparable e irreversible de las tierras, fenómeno en el que los signos monetarios emitidos por el Estado de manera irrestricta exceden o desbordan con exageración creciente los bienes y los servicios que tendrán que intercambiarse por medio de la moneda. Por esta razón se ha hecho notar acertadamente que "siendo la inflación la consecuencia más frecuente de los gastos excesivos del Estado, éste es el más grande deudor y, por tanto, el principal beneficiario del mantenimiento del nominalismo durante la depreciación monetaria".¹¹

Si el reloj es para medir el tiempo y la moneda para medir los valores, convertir al reloj en una simple carátula con números pero que no mide el tiempo, es lo mismo que hace el nominalismo en épocas de

¹⁰ CAZEAUX, P. N. y TEJERINA, W., *Reajuste de las obligaciones dinerarias*, 2a. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pp. 43 a 45.

¹¹ NOIREL, J., *op. cit.*, p. 102, núm. 26.

inflación porque convierte a la moneda también en otra simple carátula con números, pero que ya no mide los valores. El nominalismo monetario es la fachada y la cortina de humo de que se valen los gobiernos a manera de instrumento político que les hace posible, por una parte, ocultar la responsabilidad que tienen en los dispendios oficiales y en la irrefrenable emisión de un papel-moneda que es falso en la medida en que sobrepasaba la cantidad de bienes y de servicios que han de intercambiarse a través del dinero, y que a la vez les permite, por otra parte, arrojar la culpa a los particulares del alza de los precios que cobran y de lo bajo de los salarios que pagan. En otras palabras, el nominalismo monetario sirve al Estado de máscara para encubrir la inflación que él mismo está produciendo.

Puede decirse que hay una especie de *desempleo* de la moneda cuando hay sobra excesiva de ésta en comparación con la cantidad necesaria de ella para llenar su función de intermediación en los bienes y servicios dentro de una sociedad determinada, a semejanza del *desempleo* de trabajadores cuando hay sobra excesiva de éstos en comparación con la cantidad de plazas disponibles dentro de una sociedad determinada. En uno y en otro caso el *desempleo* provoca, a su vez, el *subempleo*, es decir, una *depreciación* de la moneda o del trabajo, respectivamente, en la sociedad de que se trata.

6. LA INDEXACIÓN EN LAS LEYES

Hoy por hoy la Ley Monetaria ha sido convertida en una especie de entelequia, no sólo porque el original texto de ella, compuesto de 17 artículos principales y 15 transitorios, ha sufrido nada menos que 39 reformas, sino porque la legislación proliferante en el país ha ido haciendo a un lado el valor nominal de nuestra moneda, sustituyéndola recientemente por otra clase de valores para la cuantificación en el monto de las obligaciones o en el valor de los bienes.

Así podemos observar, desde luego, que ha sido necesario cambiar varios artículos del Código Civil, a fin de corregir la rigidez y la insignificancia de ciertas cifras ridículas de dinero que existían o que aún subsisten para fijar la cuantía de ciertas obligaciones o para regular la forma de determinados contratos, como ocurre, por ejemplo, con la obligación impuesta en el artículo 557 al tutor de prestar con hipoteca cada vez que tenga un sobrante de sólo \$ 2,000.00 del dinero de su pupilo, con la responsabilidad presunta a cargo de los hoteleros

por la simbólica suma de \$ 250.00 en caso de deterioro o pérdida del equipaje de sus huéspedes que sigue estableciendo el artículo 2535, y con los artículos 2344, 2406, 2556, 2851, y 2945 que todavía hablan de supuestos contratos de donación, de arrendamiento, de mandato y de transacción por valor inferior a \$ 200.00, y de inexistentes fianzas por un monto menor de \$ 1,000.00.

Por otra parte, el antiguo artículo 730, que establecía el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de la familia, asignándole varios miles de pesos, fue cambiado (*D. O.*, 29-VI-1976) en el sentido de que "el valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia... será la cantidad que resulte de multiplicar por 3,650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en la época en que se constituya el patrimonio". El artículo 1915, que fijaba las normas para la reparación del daño, procurando el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello era imposible imponiendo el pago de los daños y perjuicios", fue adicionado (*D. O.*, 22-XII-1975) a efecto de que cuando el daño se cause a las personas, "para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región". El reformado artículo 311 (*D. O.*, 27-XII-1983) ha establecido ahora para las deudas alimenticias que "los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción". Los nuevos artículos 2448-C y 2448-D del Código Civil dan derecho al inquilino de fincas urbanas destinadas a la habitación a obtener la prórroga de su contrato por dos años más si se encuentra al corriente en el pago de sus rentas, y sólo permite en esas prórrogas el aumento anual de la renta en un máximo "del 85 por ciento del incremento porcentual fijado al salario mínimo general del Distrito Federal, en el año calendario en el que el contrato se renueve o se prorrogue". Los artículos 2317 y 2320 reglamentan las formalidades para las enajenaciones y gravámenes sobre inmuebles en función del valor de éstos, para permitir la escritura privada si dicho valor no excede de 365 veces el salario mínimo general diario en el Distrito Federal, y exigir la escritura pública si el avalúo excede de dicho valor.

A su vez, también ha sido reformado (*D. O.*, 27-XII-1983) el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a fin de que

los jueces de paz conozcan en materia civil "de los juicios cuya cuantía no exceda de 182 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal". El importe de las multas se ajusta progresivamente al valor de un determinado número de veces el salario mínimo, cual ocurre en varios artículos de la Ley de Amparo (D. O., 16-I-1984), de la Ley General de la Salud (D. O., 7-II-1984), de la Ley Federal de Protección al Consumidor (D. O., 7-II-1985), del Código Penal (artículos 370, 382 y 386), etc. Idéntica tendencia se advierte igualmente en la incontenible legislación fiscal, pudiéndose citar algunos ejemplos. En la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles se concede una deducción para el cálculo de la base gravable a razón de diez veces "el salario mínimo general elevado al año" (artículo 1º); en la Ley del Impuesto sobre la Renta se otorgan una exención en las compensaciones por separación del trabajador a razón de "noventa veces el salario mínimo general de la zona económica del contribuyente por cada año de servicio" (artículo 77-X) y una deducción del "salario mínimo general de la zona económica del contribuyente elevado al año" (artículo 140-I), para el pago del impuesto a cargo de las personas físicas; en el Código Fiscal de la Federación (artículo 82, *in fine*) se fija un tope máximo para ciertas multas a efecto de que no puedan exceder del equivalente "al salario mínimo general de la zona correspondiente al Distrito Federal elevado al año" (artículo 82, *in fine*); y en la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal se reducen ciertas cuotas por consumo de agua para aquellas "casas habitación cuyo valor catastral no exceda ocho veces el salario mínimo general, elevado al año, de la zona económica a que corresponda el Distrito Federal" (artículo 13º transitorio).

Esta progresiva *indexación legislativa* para la valorización de los bienes, para la cuantificación de las obligaciones, para la fijación de las competencias y para la imposición de sanciones constituye la evidencia de que nuestras propias leyes han prescindido o hecho a un lado el valor nominal que asigna a la moneda nacional la Ley Monetaria y que el *nominalismo monetario* se ha ido transformando en nuestro país en un opuesto *valorismo monetario*.

7. EL NOMINALISMO MONETARIO Y LA INFLACIÓN

El *nominalismo* monetario ha sido adoptado en las legislaciones modernas de los Estados y tiene para México su antecedente en Francia,

donde el célebre Pothier preconizaba que "en el dinero no se considera el cuerpo, ni las piezas de moneda, sino exclusivamente el valor que el príncipe le asigna". Esta declaración fue recogida más tarde en el artículo 1895 del Código Civil de Napoleón: "La obligación que nace de un préstamo de dinero no es sino la suma numérica enunciada en el contrato", precepto éste que a su vez también sirvió en el pasado de uniforme inspiración a nuestras leyes.

Según el *nominalismo* monetario, para efectos jurídicos el único valor del dinero es sólo el nominal o numérico que le asigna autoritariamente el Estado que lo emite. Un peso es igual a un peso y vale siempre igual de un día a otro día, por muchos años que sea la distancia entre uno y otro día. El *nominalismo* monetario significa que lo que define a la moneda es el nombre que le otorga el Estado y no su poder de compra real, que supone también la invariabilidad del signo monetario y que hace que la moneda tenga una permanencia jurídica en el tiempo a pesar de la *inestabilidad* de su valor real y no obstante que al producirse el mencionado fenómeno de la inflación pierde la moneda su función de medida común de todos los valores, ya que entonces esa función esencial desaparece cuando se trata de comparar los valores de la moneda en dos tiempos diferentes.

En épocas de estabilidad económica no causa el *nominalismo* monetario los problemas que ocasiona en tiempos de crisis económicas, en las que el deterioro progresivo del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda produce graves desequilibrios en las prestaciones de obligaciones de ejecución diferida en los contratos que ameritan otorgamiento de créditos a plazo, como ocurre en los casos de promesas de venta, de mutuos, de arrendamientos, de ventas a crédito, de suministros, de rentas vitalicias, etcétera, ya que en todos estos contratos se rompe el equilibrio económico del contrato, al extremo de que en los contratos bilaterales en sentido estricto la necesaria interdependencia de las obligaciones recíprocas desaparece para convertirse en una fórmula vacía o en una verdadera ficción, porque, como se ha hecho notar, "la historia demuestra que el nominalismo monetario es una ficción cómoda y útil cuando la moneda tiene una estabilidad suficiente, pero que se convierte en un engaño cuando dicha estabilidad está gravemente comprometida".¹¹⁻¹

Estos efectos perjudiciales del *nominalismo* monetario no afectan de manera directa o inmediata a toda clase de obligaciones, sino sólo a

¹¹⁻¹ NOIREL, J., *op. cit.*, núm. 8, p. 82.

las mencionadas obligaciones *de suma* en las que el dinero es el objeto directo de la deuda y no simplemente un medio para solventarla.

Cuando dichas obligaciones *de suma* están sujetas a un plazo del que depende su exigibilidad, el acreedor puede verse expuesto a sufrir en el interin una pérdida o detrimento por efecto de la depreciación de la moneda nacional, siendo de advertir que tal pérdida por cualquier causa de este fenómeno monetario que afecta al acreedor de una obligación *de suma*, es una pérdida *superveniente* o posterior a la celebración del contrato, en lo cual se diferencia de la *lesión* que es un detrimento *contemporáneo* a la celebración del contrato.

La merma o deterioro en su valor de la moneda nacional obedece a dos causas, a saber, *al nominalismo monetario*, por virtud del cual el Estado en ejercicio de su soberanía emite y fija a su moneda un valor numérico, sin tomar en cuenta el valor de cambio de esa moneda, y en segundo lugar, a una separación cada vez mayor entre el *valor de cambio* de la moneda o su *poder adquisitivo* en el mercado, y el *mencionado valor nominal*, ya que en realidad sólo estos dos valores son los únicos que hoy en día tiene la moneda nacional por haber desaparecido en la práctica la moneda metálica y con ella el valor intrínseco de la moneda, del cual carece actualmente porque la moneda es ahora sólo *moneda fiduciaria*, dado que los billetes del Banco de México ya no amparan una cantidad determinada de moneda metálica, o sea de monedas de plata o de oro que pudieran canjearse a cambio de ellos.

Esta separación que se origina en la multiplicación incesante de la moneda por el Estado sin tomar en cuenta que la cantidad de ella debería ser exclusivamente la cantidad equivalente a los bienes y servicios que pudieran obtenerse a cambio de la misma, produce la pérdida del valor de cambio que afecta a la moneda emitida de manera exorbitante por el Estado, y hace que el acreedor en las obligaciones *de suma* a plazo quede expuesto a sufrir un detrimento en su patrimonio y lo induzca a tratar de ponerle a cubierto de esta clase de riesgos.

Los efectos perjudiciales de la inflación monetaria son muy diversos, pero de entre ellos pueden destacarse el empobrecimiento de numerosos acreedores a plazo que les produce una pérdida progresiva de una parte de sus medios de subsistencia al estar recibiendo una moneda cada día más envilecida; la reacción de defensa de esa misma clase de acreedores a plazo que tratan de escapar de la ruina y de huir de la moneda nacional como parámetro de cambio y a utilizarle sólo como instrumento de pago, recurriendo para ello a una variedad de remedios

de los cuales se señalan algunos más adelante; la desaparición del crédito a plazo, ante la falta de una moneda estable que induce a los particulares a abstenerse de otorgar o de tomar créditos a plazo y en lugar de ello, compran valores reales que aceleran la circulación monetaria y aumentan la inflación¹¹⁻² y una especie de confiscación gradual y progresiva que lleva a cabo el Estado al ir privando cada vez más a los particulares de la cantilad de bienes y servicios que pueden adquirir a cambio de la moneda incesantemente más depreciada.

La falta de correspondencia en un país entre el volumen excesivo de signos monetarios y la cuantía real de bienes y servicios que representa, produce a su vez la falta de correspondencia entre el valor nominal y el valor real de las prestaciones monetarias a plazo en los contratos. Al desequilibrio por la inflación sucede así el desequilibrio del contrato, razón por la cual ha dicho Trasbot: "bajo el punto de vista jurídico, la gran víctima de la inestabilidad monetaria es el contrato".

8. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE ESCALA MÓVIL

Para proteger al acreedor a plazo de una suma de dinero contra los efectos de la pérdida considerable e imprevisible del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda nacional a causa de la inflación, pueden reducirse los remedios jurídicos a dos grandes grupos, por cuanto que sólo pueden tener su origen en cualquiera de estos dos hechos: o en una intervención directa del legislador para que se puedan revisar a fin de modificar o de rescindir los contratos afectados gravemente por el desequilibrio posterior a su celebración y debido a la mencionada desvalorización monetaria, o bien en una cláusula o estipulación especial acordada expresamente por las mismas partes en el texto del propio contrato que haya previsto y regulado de antemano la situación planteada; pero nunca compete al juez hacerlo si no existe la autorización precisa en la ley o sin haberlo previsto y facultado las partes en el mismo contrato, ni a pretexto de que al celebrarse éste no pudieron prever los contratantes que sobrevendrían después cambios inesperados y extraordinarios que aumentarían o menguarían de manera excesiva el valor real de las obligaciones pecuniarias de uno de ellos.¹²

¹¹⁻² MALAURIE, Philippe, "L'Inflation et le Droit des Obligations", en el *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, México, 1980, pp. 107 a 122.

¹² LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Obligaciones y contratos frente a la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978, pp. 39 a 53. "L'indexation des con-

La admisión de la revisión contractual —dice Beltrán Heredia— “es misión del legislador, no del juez ni de la doctrina, por el peligro que entraña para el comercio jurídico y para la seguridad del tráfico. Mientras tanto, no puede pasar de ser un deseo o ideal, sin trascendencia positiva alguna”.¹³

Una parte de nuestra doctrina (Celso Ledesma, Rojina Villegas, Néstor de Buen y Reyes Tayabas) sostiene que existe un tercer caso de resolución del contrato sinalagmático por excesiva onerosidad sobrevenida, que equivale a la revisión del contrato por los tribunales y ya no sólo por el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agraven considerablemente la prestación de una de las partes. Quienes sustentan este criterio apelan a construcciones doctrinales basadas en los artículos 1796, 1838, 1845, 1857 y 2117 del Código Civil. Invocan el artículo 1796, por cuanto que para el cumplimiento de los contratos hay que respetar “la buena fe”; el artículo 1838, en atención a que en los contratos conmutativos las prestaciones de las partes han de ser ciertas desde que se celebra el contrato de manera que permitan apreciar inmediatamente la pérdida o la ganancia que derivará del contrato; el artículo 1845, que concede al juez la facultad de reducir equitativamente la pena, cuando la reducción no pueda ser proporcional en los casos de incumplimiento parcial de la obligación; el artículo 1857, en el que se apela para la interpretación de los contratos oscuros, a la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos; y el artículo 2117, por virtud del cual el legislador establece un tope máximo a la responsabilidad por incumplimiento en las deudas de dinero.

En contra de estas lucubraciones doctrinales y acerca de la intervención del legislador, cabe decir que en nuestro Código Civil no hay ninguna disposición especial que permita la revisión del contrato para rescindirlo o para modificarlo por aplicación de la teoría de la imprevisión o de la cláusula sobreentendida *rebus sic stantibus*, y por esa razón la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sustentado en dos ejecutorias (amparo 1863/58 de José de la Luz Valdés, en el Sem. Jud. de la Fed., 6a. época, tomo XXIV, 4a. parte, p. 62, y amparo 1947/80 de Hidrogenadora Nacional, S. A., en informe de 1980 de la 3a. Sala de la Corte, pp. 31 y 32).

trats”, en *Annales des Loyers et de la Propriété Commerciale, Rurale et Immobilière*, Revue Mensuelle Juridique, Pratique, abril, 1975, pp. 518 y 519, núms. 11 y 12.

¹³ Citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Floral*, t. III, 10a. edición, Reus, Madrid, 1967, nota 1, p. 488.

En esta última ejecutoria aprobada por unanimidad de cinco votos se sostuvo que el artículo 1796 del Código Civil del D. F., “siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquellos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de sus obligaciones “cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen” como lo estima don Trinidad García en su Teoría de la Imprevisión en los contratos bajo el régimen de Derecho Civil y del *Common Law*.”

A la vez también la más aceptada doctrina nacional¹⁴ ha rechazado con acierto la pretensión de que el artículo 1796 del Código Civil, que establece que los contratos desde que se perfeccionan, obligan no sólo a lo expresamente pactado por las partes, sino también a aquello que es conforme a la buena fe, pueda servir de fundamento a la mencionada teoría de la imprevisión, a pesar de que en el Derecho comparado y en la doctrina extranjera ha tenido fervientes partidarios,¹⁵ pero que no son aprovechables para nuestro Derecho positivo en el Distrito Federal,¹⁶ al cual, en cambio, es perfectamente aplicable la sabia observación de Ripert: “dando al juez el poder de revisar el contrato conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: No estar obligados, y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante”.

A diferencia de nuestro Derecho positivo, con la sola salvedad del Código civil de Jalisco y del de Aguascalientes, existen códigos civiles extranjeros que expresamente permiten que en determinados contratos sinalagmáticos se puede obtener la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, que equivale a la revisión del contrato por los tribunales

¹⁴ BORJA SORIANO, M. *op. cit.*, p. 329, núm. 502. E. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *obra citada*, p. 346, núm. 475.

¹⁵ NOIREL, J., *op. cit.*, núms. 22 a 25, pp. 101 a 108.

¹⁶ El Código Civil de Jalisco y el de Aguascalientes adoptan la teoría de la imprevisión mediante acertadas disposiciones inspiradas en la equidad.

que permite expresamente el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles llegaran a hacer excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Así lo establece al respecto el Código civil italiano de 1942 en este precepto:

"Artículo 1467. *Contrato con prestaciones recíprocas.*— En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato. . . La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el álea normal del contrato.

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarlo ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

A su vez, el moderno Código civil portugués de 1967 dispone en forma similar:

"Resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias.— Artículo 437.— Condiciones de admisibilidad.— 1.— Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una alteración anormal, tiene la parte lesionada derecho a la resolución del contrato o a la modificación de él conforme a la equidad, desde que la reclamación de las obligaciones asumidas por ella afecte gravemente a los principios de buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.— 2.— Demandada la resolución, la parte contraria puede oponerse a ella, declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del inciso anterior.

Art. 438.— *Mora de la parte lesionada.*— La parte lesionada no goza de derecho de resolución o modificación del contrato, si estaba en mora en el momento en que la alteración de las circunstancias tuvo verificativo".

Finalmente, el artículo 1198, reformado, del Código Civil argentino acoge el mismo criterio:

Art. 1198.— Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

No obstante que nuestro Derecho positivo no acepta la solución expresa de estos ordenamientos extranjeros, puede sostenerse sin mengua de ello que, como en el caso de las obligaciones prescritas, la inexistencia sólo por razones de seguridad jurídica, de la acción civil para exigir su cumplimiento en términos de justicia, no excluye de ninguna manera la existencia de una *obligación natural* a cargo de quien puede aprovecharse del nominalismo monetario para solventar sus deudas a plazo con dinero envilecido y depreciado, ya que si de hecho las llegara a pagar en moneda nacional por una cantidad superior a su valor nominal, pero en la proporción resultante de la depreciación de esa moneda, no podría después repetir por pago de lo indebido para reclamar el reembolso de tal excedente. "El nominalismo, decía la Corte de París, es una injusticia que grita *summum jus, summa injuria*,¹⁷ pues es de recordar al respecto el aforismo romano de Paulo *non omne quod licet, honestum est* (no todo aquello que permite la ley, es honesto).

Ante un problema complejo en que está implicada la justicia conmutativa, pero también muy involucrada la seguridad jurídica, y en que la solución ha de consistir en una elección de jerarquía en aras del orden y de la estabilidad de las transacciones, la teoría de la imprevisión pretende reducir la cuestión a una decisión simplista en favor de la justicia conmutativa y prescindir de consideraciones de prioridad entre dos valores fundamentales para el derecho como son la seguridad y la justicia, que se encuentran en conflicto, al igual que en el caso de la prescripción adquisitiva.

¹⁷ NOIREL, J. *op. cit.*, núm. 23, p. 105, nota 95.

Según ya se hizo notar, distinto del desequilibrio de *la lesión* que es un desequilibrio *contemporáneo* a la celebración del contrato, es el desequilibrio *superveniente* que se origina en un contrato después de celebrado y que se debe a que con posterioridad a la celebración de dicho contrato, unas veces se produce la *desvalorización* de la moneda nacional por disminución económica de su poder adquisitivo y otras veces se decreta una *devaluación* de la misma por un acto de autoridad que le fija una paridad inferior a la vigente con respecto a otras monedas extranjeras, induciendo en uno y otro caso a los contratantes a tratar de valorizar contractualmente las deudas de dinero pendientes de pago, a fin de mantener para ellas el valor real y no el valor nominal de las mismas.

Tales cláusulas suelen clasificarse en dos grupos, a saber: las cláusulas *monetarias*, que hacen referencia al valor del oro o de una moneda extranjera, y las cláusulas *económicas*, llamadas también en forma especial *cláusulas de escala móvil* o *cláusulas de indexación* o *cláusulas de estabilización* que remiten al valor de ciertas mercaderías (trigo, petróleo, etc.) o de determinadas prestaciones (salario mínimo, etc.) o al costo de la vida conforme a los índices de precios.¹⁸

En Francia los tribunales se han negado a aceptar la validez jurídica de las cláusulas *monetarias*, porque han estimado que atentan contra el orden público monetario en virtud de que todo Estado soberano emite su propia moneda y sólo a ella otorga poder liberatorio para las deudas de dinero, y por considerar, además, que dichas cláusulas tienden a reemplazar la moneda nacional por la moneda extranjera. Sólo para las transacciones internacionales admiten las cláusulas *monetarias*, porque en esas operaciones la moneda nacional carece de carácter legal por no tener poder liberatorio y se reduce a simple *divisa* con su correspondiente poder de compra.¹⁹

Un criterio semejante no puede observarse en nuestro Derecho, dado que se encuentran expresamente permitidas las cláusulas *monetarias* en el artículo 2389 del Código Civil, en el artículo 359 del Código de

¹⁸ QUADRI, E., *Le Clausole Monetarie*, Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp. 20 a 26, núm. 6.

¹⁹ STARK, Boris, *Droit Civil, Obligations*, Librairies Techniques, París, 1972, pp. 439 a 458, núms. 1413 a 1483. M. HUBERT, "Observations sur la nature et validité de la clause d'échelle mobile", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome LXV, 1947, pp. 3 a 32, y M. VASSEUR, "Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'Economie Politique", en la misma *Revue*, Tome L, 1952, pp. 431 a 471.

Comercio y, sobre todo en el artículo 8º de la Ley Monetaria, que autorizan a contraer obligaciones en moneda extranjera, y en congruencia lógica y por igualdad de razón con esta directa permisión, deben también considerarse válidas en nuestro Derecho positivo para todos los contratos, las llamadas cláusulas *económicas* por virtud de la mencionada *libertad contractual*, con excepción del mutuo de dinero, ya que en este contrato en especial como una consecuencia del *tantundem* se aplica en todo rigor el *nominalismo* monetario para el efecto de que el deudor pague una cantidad igual a la debida conforme a la Ley Monetaria vigente al momento de hacerse el pago, sin que esta disposición sea renunciabile mediante una de esas *cláusulas económicas*. La frecuente revalorización de muy diversas obligaciones que llevan a cabo las diferentes leyes del país a través del "reenvío" a datos tan variables como el salario mínimo, constituye la mejor prueba de que en México las cláusulas de indexación, las cláusulas de estabilización o de escala móvil no son contrarias al orden público monetario ni al orden público en general, sino que por el contrario son perfectamente válidas.

En ningún sistema económico, al menos en los de tipo capitalista o mixto como el nuestro, puede prescindirse del crédito como elemento necesario en la vida de los negocios, y a nadie debería obligarse al otorgamiento de un crédito de cierta duración si el peligro del *nominalismo* monetario tiene que afectarle de manera inexorable. Se impone, por tanto, para evitar la asfixia económica a que conduciría la falta o el encarecimiento del crédito, que se permita la valorización contractual de las deudas de dinero, por medio de las cláusulas *monetarias* o de las cláusulas *económicas*.

Tales cláusulas han tenido infundados opositores que pretenden su prohibición absoluta, por considerarlas como factores inflacionistas y contrarias al orden público monetario, a pesar de que los principales autores de toda inflación son los gobiernos y no los particulares y de que con dichos pactos tratan éstos solamente de protegerse de los efectos de una inflación ya en pleno desarrollo y no de crearla cuando aún no existe.

Las objeciones principales en contra de la validez de las cláusulas de escala móvil, pueden reducirse a éstas tres:

a) Que con tales cláusulas se pretende eludir el *curso forzoso* de la moneda nacional, negándole su poder liberatorio que impone de manera imperativa la Ley Monetaria respectiva.

Esta objeción carece de consistencia, puesto que dichas cláusulas se refieren sólo al *modo* de pago, o sea que no se trata de eludir la *moneda de pago*, sino sólo de establecer el *quantum* de la obligación que se determina de una manera definitiva, no en el momento de la celebración del contrato, sino en el de la ejecución de cada una de las prestaciones estipuladas, siendo de advertir al respecto que inclusive puede un tercero con posterioridad a la celebración del contrato señalar el *quantum* de la obligación y con mayor razón fijarse ese *quantum* a través de un sencillo cálculo aritmético de acuerdo con la estipulación respectiva en las cláusulas de referencia.

b) Que se rompe la equivalencia de las prestaciones, originando consecuencias leoninas, y que, además, esas cláusulas revelan la imposición del económicamente fuerte, que es el acreedor, haciendo desaparecer la pretendida libertad contractual, misma que no se respeta en tales cláusulas, razón por la cual debe reservarse sólo al poder público la determinación de los casos en que la desvalorización monetaria sea de tal gravedad que sus consecuencias ameriten ser corregidas por el legislador. Se agrega asimismo que tales cláusulas van contra el principio de *casus sentit creditor* (el caso fortuito debe soportarlo el acreedor), por cuanto que la depreciación de la moneda implica un caso fortuito, que aunque no provoca la pérdida de la cosa, ciertamente determina su deterioro o menoscabo, y tal riesgo debe ser soportado por el acreedor.

Sin embargo, cabe replicar que las normas referentes a los riesgos tienen carácter supletorio o dispositivo, y no son de índole imperativa, ya que admiten pacto en contrario. Además, quien se ha obligado en el modo en que lo ha declarado querer obligar, debe permanecer indiferente al hecho de haber sobrevenido nuevas circunstancias que hayan cambiado la economía del contrato, sin importar que sea difícil o imposible preverlas.

c) Se alega que la depreciación de la moneda constituye una calamidad nacional que debe soportarse por todos los ciudadanos, sin que pueda admitirse la tentativa individualista de que a través de semejantes cláusulas se permita a unos cuantos sustraerse a los efectos perjudiciales del contrato, creándose una desigualdad irritante entre unos acreedores precavidos que se pusieron a cubierto del riesgo y otros que no previnieron el evento. Asimismo, se agrega que es interés vital para el Estado mantener en el país la confianza en su signo monetario y no permitir que con las cláusulas en cuestión se siembre

la desconfianza hacia la moneda nacional y caiga ésta en descrédito, repercutiendo ello en los intereses económicos del país y aumentando la circulación fiduciaria, porque a causa de esas cláusulas se necesitará un mayor número de monedas para la satisfacción de los créditos dinerarios.

Sin embargo, hay que reconocer que estas cláusulas constituyen un mal menor que regulariza el curso de la inflación, suprimiendo las injusticias a que conduce el alza de precios, y que constituyen igualmente un medio técnico para asegurar la estabilización monetaria, ya que los particulares, seguros de recibir la exacta correspondencia de sus inversiones, no vacilarían en suscribir los empréstitos públicos y privados.

Asimismo, estas cláusulas tienen la utilidad económica de constituir un freno contra el abuso de la inflación por parte del Estado, ya que el mayor peligro es la fuerte tentación que ofrece ella a los gobiernos agobiados, porque encuentran muy cómodo crear riqueza aparente mediante la multiplicación de una moneda que nada cuesta. Por último, hay que advertir que la prohibición de estas cláusulas frustra la confianza de los acreedores; aparta a los capitalistas de los negocios de ejecución retardada; y provoca una contracción en el movimiento circulatorio de la riqueza y un estancamiento en la vida económica nacional.

Puede decirse con razón, según la frase de Jeze, que "la negación sistemática de estas cláusulas equivale a favorecer el agio del deudor, que tiene la real e inmoral ventaja de pagar en moneda depreciada".²⁰

Aunque es cierto que en la actualidad la proliferación de los contratos de adhesión y la creciente intervención del Estado en las relaciones económicas han disminuido considerablemente *la libertad contractual*, puede afirmarse que, sin embargo, aún subsiste ésta en términos generales, puesto que, como observa Messineo, "*la libertad contractual* debe considerarse *la regla* y el límite, *la excepción*; y por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente".²¹

Al efecto, la libertad contractual como regla general encuentra su fundamento en diversos preceptos del Código Civil. "Los contratan-

²⁰ DE COSSIO, A., Cláusulas de Escala Móvil", en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1955, Madrid, pp. 972 a 974.

²¹ MESSINEO, F., *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, 1952, Tomo I, p. 15.

tes, dice el art. 1839, pueden poner *las cláusulas que crean convenientes*"; "los contratos, dice a su vez el art. 1839, que no estén especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos", y "*por las estipulaciones de las partes*"; e igualmente el art. 1796 determina que los contratos obligan a los contratantes *al cumplimiento de lo expresamente pactado*. Las excepciones o cortapisas a la libertad contractual las establece en general el art. 1795-III, por cuanto que el contrato puede ser invalidado cuando sea ilícito su objeto, su motivo o su fin, esclareciéndose en el art. 1830 que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", y en el art. 1831 que "el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres". Ahora bien, estas limitaciones expresas a la libertad contractual no pueden aplicarse a las *cláusulas de indexación* como lo pone de manifiesto el mismo legislador en la serie de reformas legales antes señaladas y, además, resulta del hecho mismo de no haberse expedido hasta ahora ninguna disposición en concreto que hiera o afecte de nulidad a tales estipulaciones.

En suma, la validez de estas cláusulas *económicas* no puede ser cuestionada a pretexto de ser supuestamente contrarias al orden público,²² ya que la mencionada *indexación legislativa* en nuestro Derecho ha reconocido su validez y concordancia con nuestro sistema monetario y, adicionalmente, la existencia hoy día de los *petrobonos* que emite Nacional Financiera con intervención de Petróleos Mexicanos, que son dos organismos descentralizados del Estado, confirma esta misma conclusión.

No obstan a ello dos aisladas ejecutorias de la Tercera Sala de la Suprema Corte, aprobadas por apretada mayoría de sólo tres votos a favor y dos votos en contra, a saber:

a) Una ejecutoria que resolvió que "en el supuesto de que se hubieran previsto las devaluaciones de la moneda (en un arrendamiento), la cláusula respectiva sería nula de pleno derecho por ser contraria al orden público e interés nacional, ya que cláusulas semejantes crearían desconfianza en el valor de la moneda y producirían motivos inflacionarios... el valor de la moneda está fijado por la ley y su poder

liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte cualquier convenio en tal sentido concertado por los contratantes sería nulo" (S. J. F., 6a. época, tomo XXIV 4a. parte, pp. 71 y 72, amparo 1863/58, José de la Luz Valdez). Esta ejecutoria carece de toda eficacia en lo tocante al tema a estudio porque se ocupa de un caso *hipotético* y distinto al concreto de la litis constitucional planteado en autos, apartándose así del mandamiento constitucional de que la sentencia en todo juicio de garantías debe ceñirse a amparar al quejoso "en el caso especial sobre el que verse la queja" (artículo 107-II de la Constitución).

b) Otra ejecutoria que se limitó a definir que no era renta cierta y determinada como lo exige el arrendamiento en los artículos 2398 y 2399 del Código civil, la cláusula que remite durante la vigencia del contrato para la determinación de la renta a la medida de las alzas que se registren en los índices de precios que publica el Banco de México (amparo 6645/79, Ricardo Kuri Slim, 29-X-80, informe de la 3a. Sala de la Corte de 1981, fojas 15, núm. 14). Sin embargo, esta ejecutoria no analiza si un contrato de esta naturaleza, aun sin ser arrendamiento por decirse que no contiene precio cierto y determinado, puede considerarse como un contrato innominado válido semejante al arrendamiento, de acuerdo con el artículo 1858 del Código Civil, que permite expresamente a los particulares la creación de nuevas figuras contractuales que no estén reglamentadas en la ley y a las cuales se les apliquen las normas de los contratos con los que guarden mayor analogía.

Por desgracia la Corte desconoce, además, en esta singular ejecutoria la realidad que priva hoy día en nuestro país, donde un gran número de arrendamientos de locales comerciales se celebra a base de una renta mínima fija y un complemento variable en proporción a los ingresos por ventas efectuadas por el local materia del arrendamiento.

Aisladamente se ha sostenido (amparo 322/79 de Inmobiliaria Fram, S. A., 25-IV-1980, 2º Tribunal Colegiado del 2º Circuito, secundando a la mencionada jurisprudencia francesa, que hay que distinguir dos clases de "*cláusulas de escala móvil*": unas nulas, cuando obedecen a la sola "*intención monetaria*" de sustraerse a la depreciación de la moneda nacional y al alza en el costo de la vida; y otras válidas, cuando sólo tienden a que se mantenga el equilibrio interno del contrato y sean equitativas las prestaciones pactadas. Semejante

²² BORJA MARTÍNEZ, Francisco, "Validez jurídica de las cláusulas de estabilización monetaria contenidas en los Contratos de Mutuo", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a M. Borja Soriano*, Editorial Porrúa, México, 1969, 202 pp.

criterio, aparte de infundado, dejaría la solución al arbitrio casuístico del juez y amenazaría seriamente la seguridad de las transacciones económicas.²³

Suele también insertarse en el texto del contrato una *cláusula de revisión* para que el precio sea revisado en caso de alteración importante del valor del dinero o del costo de la vida, pudiendo tener dicha cláusula la naturaleza de una *cláusula compromisoria*;²⁴ cuando se designa de antemano a una persona o entidad para que actúe como amigable componedor en caso de surgir después la controversia entre las partes por no haberse podido poner de acuerdo, o bien la designación del tercero se hace para que sea él quien fije el precio a la manera de lo que puede ocurrir en la compraventa conforme al artículo 2251, in fine, del Código civil.

9. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Particularmente se ha acostumbrado últimamente recurrir a la llamada "dolarización", esto es, a la conversión de las obligaciones *de suma a plazo* en obligaciones de *moneda extranjera*, por lo que tiene un interés actual examinar esta clase de obligaciones a la luz de nuestra legislación.

Respecto de las obligaciones en *moneda extranjera*, llamadas también *deudas de valuta*,²⁵ hay que decir desde luego que en México no son nulas, así como también que la moneda extranjera no es una cosa que esté fuera del comercio, sino un bien sujeto a las tres reglas siguientes contenidas en la Ley Monetaria.

1a. La *regla general* es que la moneda extranjera no tiene curso legal, ni puede, por tanto, circular legalmente, de manera que las obligaciones de moneda extranjera no se solventan en esa moneda, sino en moneda nacional (artículo 8º, primer párrafo, de la Ley Monetaria), es decir, aunque en ellas la moneda extranjera está *in obligatione* porque es el objeto directo de la obligación; sin embargo, la moneda nacional está *in solutione*, porque es el medio de pago de

ellas.²⁶ En estos casos la moneda extranjera es *moneda de contrato*, pero la moneda nacional es la *moneda de pago*. Tan drástica es esta regla general que aunque en un mutuo se hubiera recibido moneda extranjera por el mutuuario, la obligación a su cargo sería de restituir moneda nacional y no moneda extranjera, alterándose así la esencia de la obligación del *tantundem* de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 2385 Cód. Civil).

2a. Dentro de esa *regla general*, la cantidad de moneda nacional que ha de pagarse en lugar de la moneda extranjera, se determina en función del *tipo de cambio vigente en el lugar y fecha del pago* (artículo 8º, párrafo 2º, de la Ley Monetaria), a menos que, tratándose de un mutuo o de otra operación, *se pruebe* que lo que recibió el deudor o se tomó en cuenta para hacer la operación, fue moneda nacional y se hizo luego la conversión de ésta a su equivalente en moneda extranjera, por que en este caso especial el tipo de cambio que se aplica para efectuar el pago también en moneda nacional no es el mencionado tipo de cambio vigente en el lugar y fecha del pago, sino *el que regía entonces en el lugar y la fecha en que se contrajo la respectiva obligación en moneda extranjera* (artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria), según lo ha definido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al efecto, dos primeras ejecutorias aprobadas por unanimidad de votos en la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la época en que formaba parte de ella don Francisco H. Ruiz, principal autor en 1928 del Código civil, sirvieron de punto de partida y de apoyo a nueve posteriores ejecutorias de la misma Sala emitidas en los años de 1980, 1981 y 1982, después de la devaluación monetaria de 1976.

En la primera de dichas ejecutorias, dictada el 17 de febrero de 1938, en el amparo 5424/936 de María Sánchez viuda de Fuente, se estableció con toda claridad que "las prevenciones del artículo 4º transitorio de la Ley Monetaria, no son propiamente transitorias, por más que erróneamente las denomine así la propia Ley, puesto que consignan una excepción a la regla general, contenida en el artículo 8º del propio ordenamiento, y las disposiciones del citado artículo 4º, no se refieren a operaciones verificadas antes de la vigencia de la Ley, sino a todas aquéllas en que las obligaciones de pago, se contraen nominalmente en moneda extranjera, dentro de la República, y cuyo cumpli-

²⁶ ASCARELLI, T., *La Moneta, Considerazioni di Diritto Privato*, C.E.D.A.M., Padova, 1928, núm. 28, pp. 104 a 112.

²³ BORJA MARTÍNEZ, F., "Obligaciones en moneda extranjera", en la *Revista El Foro, órgano de la Barra Mexicana de Abogados*, abril-junio de 1980, pp. 37

²⁴ PALAYO HORE, S., "Cláusulas de estabilización", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo II, 2a. edición, Reus, Madrid, 1950, pp. 78 y 79. a 60.

²⁵ NUSSBAUM, A., "Teoría jurídica del dinero", *Revista de Derecho privado*, traducción, Madrid, MCMXXIX, pp. 111 a 113.

miento debe tener lugar en ésta, pero que en realidad provienen de operaciones hechas en moneda nacional de cualquiera clase, independientemente de la época en que hayan sido concertadas". La razón de la supervivencia para el futuro de la referida disposición "transitoria" se encuentra en la misma ejecutoria: "la mente del artículo 4º de las disposiciones transitorias de la relacionada Ley Monetaria, es proteger a los que apremiados por la necesidad o urgencia de conseguir un préstamo de dinero, convienen en devolver en moneda extranjera, lo que recibieron en moneda nacional; de manera que esa mente reconoce como base el bien público y social, puesto que el legislador en esa forma defiende los intereses de comerciantes, industriales y en general de todos los que se ven obligados a contraer préstamos de dinero". (Sem. Jud. de la Fed., 5a. época, Tomo LV, págs. 1223, 1624 y 1639).

La segunda de esas dos primeras ejecutorias en cuestión fue dictada el 8 de febrero de 1939 en el amparo 6255/1936 de Fernando Lira, en la que se sostuvo que el hecho de que el entonces artículo 4º transitorio, hoy artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria, estuviera comprendido "entre los artículos transitorios de la ley, ésto no significa que no sea claro el texto de la misma en el sentido de no regir sobre el pasado exclusivamente, sino también sobre operaciones futuras, dada la naturaleza de la misma Ley que norma el curso monetario en el país". En otro párrafo de la misma ejecutoria se insiste en que "aunque técnicamente las disposiciones transitorias únicamente deben regir, por su naturaleza, a casos anteriores a la ley que las contiene, pues tienden a regir las cuestiones surgidas al amparo de la anterior y pendientes de resolución al expedirse la nueva ley, posiblemente la clasificación de la disposición aludida, proviene de que el legislador previó que como consecuencia de la expedición de la Ley que prohibió el curso legal de la moneda extranjera y del oro, para eludirlos los acreedores recurrirían al medio de hacer aparecer, contra la realidad, que pactaban las obligaciones en moneda extranjera, conservando en su beneficio la diferencia del tipo de cambio que sufriera la moneda nacional" (Sem. Jud. de la Fed., 5a. época, tomo LIX, págs. 1425 y 1426). Esta ejecutoria tiene, además, la especial importancia de que en ella se tuvo en cuenta que el antiguo artículo 4º transitorio había sido substituido con los mismos efectos para el futuro en el año de 1935 por el actual artículo 9º transitorio, ya que en ella se asienta que "esencialmente igual excepción está contenida en el artículo 9º transitorio de

la Ley Monetaria de veintiséis de abril de mil novecientos treinta y cinco" (*op. cit.* p. 1433).

La serie de trece ejecutorias que posteriormente secundaron a las dos primeras fueron las siguientes: seis en el año de 1980, a saber, amparo 2995/75 de Blanca Aquila Lechuga de Rosado; amparo 2450/77 de Mas de Reynosa, S.A.; amparo 5455/77 de Banco de Londres y México, S.A.; amparo 450/79 de Seguros Monterrey Serfín, S.A.; amparo 1887/80 de Urbanizadora Buenos Aires, S.A., y amparo 3743/78 de José María Gallardo Inzunza y coag. (Informe de 1980 de la Tercera Sala de la Suprema Corte, fojas 64 a 68); dos ejecutorias en el año de 1981; amparo 3390/80 de Arturo Cortés Villada, y amparo 6286/80 de Carlos Villarreal Alanís y María Elena Ríos de Villarreal (Informe de 1981 de la misma Tercera Sala, fojas 66, 67, 81 y 82); una ejecutoria en el año de 1982, la del amparo 1149/82 de Kenworth Mexicana, S.A. (Informe de 1982 de la Tercera Sala, foja 78); y las últimas cuatro en el año de 1987: amparo 436/86 de Multibanco Comermex, S.N.C., amparo 1484/86 de Balfour Williamson y Limited, amparo 4216/86 de Luis R. González Ramos, y amparo 1523/87 de María Cusi de Escandón, sucesión (Informe de 1987 de la 3a. Sala de la Corte, fojas 15 y 16).

Es más, la doctrina nacional ha sustentado el mismo criterio como puede verse en las obras de *Roberto Mantilla Molina*²⁷ y *Jorge Barrera Graf*.²⁸

El propio Mantilla Molina, sin haber conocido al parecer las dos primeras ejecutorias antes invocadas, coincidió acertadamente con las razones aducidas en ellas para sostener la aplicabilidad del artículo 9º transitorio a las operaciones efectuadas después de 1935 y cuyas razones hizo consistir en "la finalidad última de defender nuestra moneda, a cuya firmeza atacan quienes ostentan su desconfianza al exigir estipulaciones que los amparen con el manto de la moneda extranjera. Y a más de defender nuestra moneda, la norma protege —tendencia constante de nuestra legislación— a la parte contractualmente más débil: quien apremiado por la necesidad de obtener dinero consiente, con viciada voluntad, en tomar sobre sí el riesgo de la fluctuación monetaria".²⁹

²⁷ *Titulos de Crédito*, 2a. Edición, Porrúa, México, 1983, n. 122-bis, pp. 192 a 198.

²⁸ *Las Sociedades en Derecho Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, n. 29, p. 60, nota 141 ter.

²⁹ *Op. cit.*, p. 196.

3a. Por única excepción a dicha regla general, la obligación de moneda extranjera debe solventarse precisamente en esa moneda extranjera y no en moneda nacional, *en los casos en que la ley determine expresamente otra cosa* (art. 8º de la Ley Monetaria), como ocurre con los depósitos bancarios de moneda extranjera en este precepto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "Art. 267.—El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada *en la misma especie*, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente", si bien el Ejecutivo Federal en abierta contradicción con la Constitución, se arrogó facultades legislativas para derogar esta disposición, mediante el artículo tercero del Decreto Presidencial de 1o. de septiembre de 1982 que estableció el control generalizado de cambios.

Esta inconstitucional disposición del Presidente José López Portillo dejó sin efecto el mencionado precepto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y sirvió de excusa a los bancos, ya en poder del Gobierno Federal por virtud de la expropiación, para no devolver la moneda extranjera que habían recibido en depósito de los particulares, sino transformarla arbitrariamente en los llamados *mex-dólares* y convertirla a moneda nacional a una menguada paridad irreal.

Aunque ya a destiempo esta inconstitucionalidad fue reconocida por la Segunda Sala de la Suprema Corte en una jurisprudencia integrada por cinco ejecutorias dictadas en el año de 1987, cuando los particulares afectados habían perdido todo interés económico por los años transcurridos durante los cuales les resultó más conveniente cobrar los "mex-dólares" y percibir los réditos de ellos (tesis 3, fojas 6 y 7 del Informe de 1987 de la Segunda Sala de la Suprema Corte).

Por último, es de mencionar la reciente jurisprudencia (tesis núm. 2 del 2º Trib. Col. del 1er. Cir. en Mat. Civil, fojas 257 y 258 de la 3a. parte del Informe de la Corte de 1988), que al interpretar el artículo 132 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos para convertir a moneda nacional las deudas del quebrado en moneda extranjera y fijar así la cuantía de ellas, sustenta el criterio de que debe tomarse en cuenta no el tipo de cambio vigente en la fecha del pago, ni tampoco el tipo vigente en la fecha en que se contrajo la obligación en cuestión, sino el tipo de cambio vigente en la fecha de la sentencia de quiebra, porque produce ésta los efectos similares a una instantánea fotográfica sobre el patrimonio del fallido.

10. A MANERA DE COLOFÓN

La principal finalidad del *valorismo monetario* es extender a todas las *obligaciones pecuniarias* el mismo tratamiento que se da a las *deudas de valor*, y para esa finalidad la experiencia de Alemania a raíz de la primera guerra mundial constituye el principal antecedente para la revalorización de las deudas dinerarias cuando se ha producido en forma espectacular y exagerada el fenómeno de la inflación.

Según Nussbaum, en junio de 1918 la paridad con el dólar era de 4.21 marcos; en diciembre de 1922, de 7.579 marcos; en enero de 1923, de 17.972; en junio de ese año, de 109.996; en julio del propio año, de 353.412, hasta llegar a 1'200,000 el 9 de octubre de ese año, a 12.000'000,000 el 19 del mismo octubre, a 1.000,000,000.000 el 14 de noviembre y a 4.000'000,100.000 el 23 de noviembre de 1923.³⁰

Ante esta catástrofe de la economía alemana intervino la Corte Suprema del Reich en una famosa sentencia de 28 de noviembre de 1923, en la que sostuvo que era contrario a la buena fe, según el artículo 242 del Código Civil alemán, observar el *nominalismo monetario* para estimar procedente el pago de las deudas pecuniarias que originalmente se habían contraído en marcos de oro, a través del pago de marcos de papel solo de igual importe nominal. Con todo, esta sentencia y las que después llegaron a dictarse se abstuvieron de establecer una medida fija de revalorización y estimaron que ésta debía decretarse en cada caso concreto según las circunstancias particulares conforme a las reglas de la *buena fe*, lo cual determinó que los procesos judiciales fueran largos a falta de un índice de tipo general que pudiera adoptarse. Esto mismo se agravó porque los tribunales alemanes decidieron que el principio nominalista no regía ni aun en aquellos casos en que hubiera sido ya pagada la obligación, porque en esos supuestos el pago realizado debía considerarse solo como abono o parte de pago y, por ello, el deudor podía ser conminado a pagar el faltante del monto resultante de la revaluación de la obligación, previa la deducción de la parte pagada a cuenta, erigiéndose así en nombre de la buena fe la retroactividad de la revalorización hasta el año de 1920.

Nussbaum critica estas resoluciones judiciales por haber recurrido ellas necesariamente a nociones vagas de equidad, que provocaron un grave desorden que la valorización de las obligaciones pecuniarias, no hizo sino aumentar.

³⁰ NUSSBAUM, A., *obra citada*, pp. 286 y ss.

Sin embargo, es de advertir que esta intervención incipiente de la autoridad judicial indujo al Poder Legislativo de Alemania a sancionar con leyes la revalorización de las obligaciones pecuniarias, lo que se hizo a partir de principios del año de 1924.

En nuestro país, dos Códigos civiles, el del Estado de Jalisco en sus artículos 1733 y 1734, y el de Aguascalientes en sus artículos 1771 y 1772, establecen un acertado remedio fundado en *la equidad* para que en caso de agravación de una de las prestaciones a causa de "haber variado las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento", o a consecuencia de "alteraciones imprevisibles que sobrevinieren por hecho general", se permita obtener la rescisión del contrato, pero imponiendo a la vez al contratante que la hubiera obtenido, la obligación de indemnizar a la otra parte "*por mitad* de los perjuicios que le ocasiona la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento".

Nada más equitativo en estos casos que este sistema, que divide *por mitad*, entre el acreedor y el deudor, los riesgos y los perjuicios, razón por la cual es de esperar en el futuro se adopte una solución semejante mediante la correspondiente reforma del Código Civil del Distrito Federal.

EL PAPEL DEL ABOGADO EN MÉXICO

Eugenio URSÚA-COCKE
William P. MACPHERSON

SUMARIO: I. Historia de la profesión legal. 1. *Tiempos antiguos y clásicos*. 2. *Los aztecas*. 3. *La Colonia*. 4. *Los cambios revolucionarios*. 5. *Algunas experiencias latinoamericanas*. 6. *Requisitos para ejercer actualmente en México la práctica legal: a) Nacionalidad. b) En los estados de Guanajuato y Jalisco*. II. Enseñanza legal: 7. *En México*. 8. *Insuficiencia de la enseñanza de la ética profesional*. III. Ética profesional: 9. *En general*. 10. *Procedimientos infundados*. 11. *Soborno*. 12. *Servicios legales no remunerados, independencia profesional y obligación de representar*. 13. *Secreto profesional*. 14. *Dignidad profesional*. 15. *Entrega o celo profesional*. 16. *Obligaciones: a) Hacia el Poder Judicial. b) Hacia los colegas. c) Como funcionarios públicos*. 17. *Honorarios: a) En general. b) Pactos de cuota litis*. 18. *Conflictos de interés*. 19. *Despachos en sociedad*. 20. *Competencia*. 21. *Honestidad*. 22. *Propaganda*. 23. *Lealtad*. 24. *Obligación de buscar un arreglo amistoso*. 25. *Moral fraudulenta*. IV. Apéndice: *Los abogados mexicanos como dirigentes*. V. *Bibliografía*.

INTRODUCCIÓN

La investigación que da su primer fruto en este artículo se inició hace aproximadamente dos años. Empezamos con una pregunta sencilla: ¿cómo se reglamenta la conducta profesional de los abogados en México?

La respuesta más frecuente ofrecida por estudiantes mexicanos de derecho, abogados postulantes, catedráticos y jueces era que no existía un cuerpo escrito de reglas al respecto, al menos en la forma de un Código con fuerza de ley como, por ejemplo, en los Estados Unidos de América. Sin embargo, ante nuestra petición reiterada de una respuesta más específica, solía contestárenos que, si bien existían diversas disposiciones pertinentes dispersas en los diversos Códigos, los entrevistados continuaban sosteniendo que en general los abogados eran personas honorables cuya conducta no estaba reglamentada por disposiciones de validez intrínseca, sino que su responsabilidad y la

presión adicional de los colegas eran suficientes para mantener un papel moral y útil en la sociedad mexicana.

La información que tenemos disponible hoy haría prematuro sostener que esas respuestas sean incorrectas o ingenuas. Esto deberá esperar un artículo posterior. Lo que haremos, por ahora, es contradecir la primera afirmación en el sentido de que son pocas y sin importancia las disposiciones legales que reglamentan la conducta de los abogados en México. Estas notas demostrarán que existe un cuerpo importante de disposiciones civiles y penales que reglamentan la conducta de los abogados. Lo que es más, existe un grupo de reglas y principios éticos similares en intención y propósito al Código de Responsabilidad Profesional que regula la conducta y define el papel de los abogados en Estados Unidos. Las reglas escritas y los principios éticos mexicanos sugieren que nunca fue la intención de la sociedad mexicana depender solamente de que los abogados fueran generalmente personas honestas y respetables que reglamentaran su conducta o definieran el papel de los abogados en la sociedad.

Lamentablemente, este artículo tendrá que esperar cierta investigación de campo ya planeada para resolver la pregunta aún más importante de por qué las reglas y principios ya existentes son desconocidos y no aplicados por la sociedad. Tal investigación tendrá que ocuparse de cuál es el papel asignado a los abogados en México y si lo han desempeñado como miembros de una sociedad formalmente comprometida con los principios de la Revolución Mexicana.

Lo que sí podremos hacer es comparar brevemente algunos de los principios éticos de los Estados Unidos con principios similares encontrados en México, con el propósito de ofrecer un punto de referencia para el análisis de la reglamentación de los abogados en México.

I. HISTORIA DE LA PROFESIÓN LEGAL

Si bien la gente puede no estar de acuerdo con el contenido de una regla o sobre cómo aplicarla, todos estarán de acuerdo en que las reglas escritas o leyes tienen el propósito de describir y circunscribir los roles de las personas viviendo en sociedad. Las reglas nos dicen no sólo aquello que no podemos hacer, sino también nos dicen qué deberíamos y qué tendremos que hacer. Tales reglas, sean o no entendidas o aceptadas por un grupo específico de la sociedad, sean aplicadas o no, definirán el papel y el propósito de ese grupo en la sociedad.

El examen más breve y somero de la historia de la profesión legal en México demuestra que los abogados y sus predecesores han intentado reglamentar por leyes su conducta, tal como sucede con cualquier otro segmento de la sociedad. Estas reglas existieron por las mismas razones que existen en otras sociedades civilizadas: asegurar la uniformidad y el conocimiento del propósito, así como la comprensión del propio papel. Tales reglas toman con frecuencia la forma escrita para poder informar y educar a la sociedad sobre el papel, propósito y limitaciones de los grupos específicos que conforman la sociedad.

1. *Tiempos antiguos y clásicos*¹

Ya desde el siglo V a.C. las Leyes de Manú en la India parecieron limitar la práctica legal a los brahmanes. El Libro Octavo contenía cuatrocientos veinte versículos dedicados a jueces, leyes militares, y los abogados son considerados como asesores de los funcionarios públicos. El monarca delega ciertas funciones a los jueces. En tiempos caldeos, babilonios, persas y egipcios, los hombres sabios (presumiblemente incluyendo abogados) debían representar las causas de las masas. En Grecia, los asuntos legales fueron encomendados primero a los oradores; después, la práctica legal empezó a ser reconocida como una profesión, y se consideraba a Pericles como el primer abogado. Los servicios de los abogados eran gratuitos y algunas veces sirvieron como camino para nombramientos públicos.

En la Roma antigua, la defensa legal era parte de la institución del patronazgo. Practicantes subsecuentes fueron grandes oradores y juristas. El mayor auge de la profesión se dio bajo la República, cuando los Pontífices eran electos entre los abogados y se organizaron en una corporación conocida como *Collegium togatorum*. El Digesto de Justiniano condena la prevaricación. En Roma quienes sufrieran de mala reputación no podían actuar como abogados. Sólo después de muchos esfuerzos fueron admitidos los plebeyos a la profesión. Eventualmente, las mujeres pudieron defenderse a sí mismas, pero no a los demás. La edad mínima de los abogados debía ser de diecisiete años. Justiniano exigió un mínimo de estudio de cinco años. Según Quintiliano, un abogado era "un hombre justo y experto en la disertación...".

¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica jurídica*, México, Porrúa, 1979, 503 pp.

2. Los aztecas

Sus pictogramas indican que durante el Imperio Azteca en México existieron jueces quienes, para poder ser nombrados, deberían llenar previamente ciertos requisitos: pertenecer a la nobleza, tener gran carácter moral, cierta reputación de respetabilidad y una educación recibida en el *Calmecac*. Esta institución recibía sólo miembros de la nobleza con el propósito de instruirlos para el sacerdocio y ciertas materias de educación especial y general. Una de las áreas de educación especial era la judicial.

Se esperaba que los jueces fueran independientes económicamente, sabios en muchas materias, experimentados en guerras de conquista, de buenos hábitos personales y haber crecido en Palacio. No podían ejercer si eran alcohólicos o presas fáciles de exabruptos emocionales. Recibían el respeto popular, se conducían de manera grave, severa y digna, y eran temidos por todos.

La educación judicial era teórica y práctica. La segunda era la más importante de las dos porque se consideraba necesaria para aprender objetivamente la construcción de un procedimiento penal, reunir las pruebas necesarias, evaluarlas y aplicar la ley bajo las circunstancias particulares del caso. Se esperaba de los jueces que no dilataran la resolución de conflictos simplemente por la popularidad de alguna de las partes.

Es fácil percibir en los registros de la época una seria preocupación por la corrupción percibida en el proceso judicial. Se hicieron esfuerzos por supervisar cuidadosamente la honestidad de los jueces. El aceptar regalos y la embriaguez eran severamente condenados por los colegas. Después de la tercera reprimenda los jueces eran rapados y destituidos.

La negligencia en las obligaciones judiciales llevaba a condenas severas. Casos graves y de colusión resultaban frecuentemente en la imposición de la pena de muerte. En Texcoco, Netzahualpilli impuso la pena de muerte a un juez que había aceptado un soborno.

3. La Colonia

Al principio de la dominación española los indios continuaron su primitiva organización para la administración y la justicia. Sin embargo, los encargados de la administración de justicia ya no eran egresados del *Calmecac*. Su educación dependía ahora de los propios jueces

que aplicaban a sus alumnos una especie de memorización. Eventualmente, este sistema fue incorporado a las instituciones españolas.

La legislación española para las Indias, incluyendo México, durante la época colonial también se refería a la práctica del derecho. Por ejemplo, en el *Fuero Juzgo*, se esperaba que los legisladores y los abogados tuvieran conocimientos legales suficientes. La administración de justicia se consideraba una función delegada del Soberano. Los abogados no debían oponer obstáculos irracionales a la marcha de la justicia. La ley incluía la expectativa y la obligación de que los abogados proveyeran servicios legales a los ignorantes. En las *Siete Partidas*, los abogados eran admitidos a la práctica por actos de los tribunales. El juramento exigido por éstos obligaba a los abogados a prometer que proveerían de defensas buenas y leales a sus clientes; ser sinceros en los juicios; y evitar la prolongación innecesaria de los juicios. *Las Ordenanzas Reales de Castilla* también incluían disposiciones para la reglamentación de los abogados. Bajo la *Recopilación de las Leyes de Indias*, los abogados tenían que ser admitidos por la respectiva Audiencia y registrarse en un libro especial. Un Decreto Real de 1768 ordenaba que antes de que alguien presentara su examen como abogado, hubiera completado cuatro años de práctica después de haber recibido su grado de Bachiller. La Audiencia no recibía documento alguno que no estuviera endosado por un abogado.

4. Los cambios revolucionarios

Hacia la primera década de este siglo, abogados podrían encontrarse entre lo que podría llamarse la pequeña burguesía, es decir, bastante abajo de la élite económica y política. Los abogados tenían muy poco porvenir económico y sólo aquellos aliados al *porfiriato* podían sobrevivir con las migajas del régimen.² Entre los pocos intelectuales que apoyaban al régimen se encontraban abogados tales como Carlos Díaz Dufoo, Balbino Dávalos, Justo Sierra, José Yves Limantour y Francisco León de la Barra.

La gran mayoría de los revolucionarios eran iletrados y sentían un "mercado desprecio" hacia no sólo ciertas instituciones como la Universidad, sino en general "hacia los profesionales del país". Entre las

² MANCISIDOR, José, *Historia de la Revolución mexicana*. Los primeros agrarios resultantes de la Revolución se efectuaron en el estado de Tamaulipas, en la antigua hacienda de los Borregos y no fueron efectuados por abogados sino por jefes revolucionarios tales como Lucio Blanco, Juan Barragán, Francisco J. Múgica y Gabriel Gavira. *Tiempos de México*, núm. 2, febrero 1913/noviembre, 1914.

muchas razones para esto estaba "el gran contraste entre las clases ignorantes y desprotegidas" y la pequeña élite profesional que parecía no rendir servicio apreciable alguno a las clases oprimidas.³

Cuando Plutarco Elías Calles asumió la Presidencia, pensó que la era de los caudillos debía cesar y ser reemplazada por una nación de instituciones y de leyes. En 1919, fundó el Partido Nacional Revolucionario, que sería eventualmente rebautizado como Partido Revolucionario Institucional y continuar monopolizando por más de sesenta años el poder político y legislativo en México.

José Vasconcelos, abogado y uno de los más notables constructores de la identidad cultural mexicana, fue nombrado, en tiempos dominados por militares, secretario de Educación Pública, abolida en 1917 por la Constitución revolucionaria.⁴

Cuando Lázaro Cárdenas fue elevado a gobernador del Estado de Michoacán, trató de poner en práctica la división de los grandes latifundios. Los primeros en oponerse fueron, por supuesto, los dueños ausentistas auxiliados por abogados.⁵ Como Presidente de la República, Cárdenas empezó a poner en práctica los ideales de la Revolución, incluyendo reforma agraria, expropiación petrolera, educación gratuita y obligatoria y unidad laboral. Una vez más, los poderosos se opusieron a estos cambios y en ello fueron apoyados por las clases profesionales, incluyendo prominentemente a los abogados.⁶ Fue por entonces que la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional tuvo su mayor matrícula y donde los estudiantes mostraban mayor conciencia política. Se tornó en el centro de entrenamiento de los futuros dirigentes del país.

Cuando los profesionistas comenzaron a reemplazar a los militares en el periodo posrevolucionario, constituyeron una élite política que gobernaría los destinos del país. Narciso Bassols, el brillante secretario de Educación Pública bajo los presidentes Ortiz Rubio y Rodríguez, escribió que "el uso del conocimiento universitario no ha sido ni adecuado ni imbuido de sentido social; /los profesionales/ se han convertido en servidores de los privilegiados".⁷

³ ARCE GURZA, FRANCISCO, "El inicio de una nueva era, 1910-1945", en *Historia de las profesiones en México*. México: SEP/Colegio de México, pp. 225-361.

⁴ KRAUZE, ENRIQUE, *Lázaro Cárdenas, el general misionero*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. 221 p. Serie Biografía del Poder, núm. 8.

⁵ ARCE, *supra*, nota 4, p. 241.

⁶ *Id.*, p. 242.

⁷ *Ibidem*.

Con la llegada de Miguel Alemán Valdez a la Presidencia de la República, una "nueva era" comenzó: la del "gobierno de los técnicos".⁸ Se llegó a un auge en la inclusión de los abogados en el poder público. El nuevo gabinete estaba constituido por seis abogados, algunos de los cuales podían alcanzar la categoría de juristas; dos economistas de larga experiencia; un ingeniero experto; dos escritores privilegiados; un militar cuya carrera se había desarrollado más bien en la enseñanza; y, como una gan novedad, tres prósperos industriales.

De acuerdo con un estudio de Peter H. Smith, la élite política mexicana ha incluido una enorme mayoría de profesionales, de los cuales los más han sido abogados, seguidos por profesores. "Desde la revolución /hasta 1982/, el ejercicio de la práctica legal ha funcionado como una vía directa hacia la participación política".⁹ Sin embargo, la crisis que ha sufrido últimamente el país también ha afectado a los profesionales: los abogados no han sido la excepción. Su número ha aumentado, como el de otros profesionales, el número de los desempleados o subempleados. Desde la mencionada fecha, la profesión de "moda" para los políticos se ha vuelto hacia los llamados "tecnócratas", principalmente economistas.

Se puede concluir, entonces, que los juristas no han aportado su colaboración a la búsqueda de la justicia, el pretendido primer propósito de su profesión. En cambio, se les ve ahora regresando a sus antiguas oficinas como vendedores de servicios de calidad pobre o, por ejemplo, agentes de seguros.¹⁰

5. Algunas experiencias latinoamericanas

En términos generales, los países latinoamericanos dependen de disposiciones penales generales para proteger a los clientes de los daños que les pudieran causar los abogados. Sin embargo, se pueden encontrar algunas limitaciones expresas en la práctica de la profesión y ciertas prácticas legales específicas son supervisadas. Por ejemplo, en Paraguay la Ley 348 de 18 de junio de 1956 prohibió la libre práctica del litigio por asesores del estado, miembros de consejos, ejecutivos o consultores de empresas paraestatales.¹¹ El Gobierno Revolucionario de

⁸ *Tiempos de México*, diciembre, 1946/febrero, 1948, p. 1.

⁹ ARCE, *supra*, nota 6, p. 242.

¹⁰ CORREA, GUILLERMO y CORRO, SALVADOR, "El gobierno, fabricante de profesionales para el desempleo", en *Proceso*, 26 de agosto de 1985, pp. 14-18.

¹¹ Paraguay: *Gaceta Oficial*, 18 de junio de 1956.

1948 como parte de su propósito declarado de proteger trabajadores que no se pudieran defender a sí mismos, estableció una Fiscalía de Trabajo. La Ley respectiva declaraba en sus artículos 12 y 13 que siempre que un funcionario de esa Fiscalía incurriera en "abusos maliciosos/, negligencia o ignorancia inexcusable... o traicionara el secreto profesional debido a los trabajadores", se haría acreedor a las penas dispuestas por el artículo 285 del Código Penal y podría aun ser cesado. El funcionario que aceptara cualquier forma de cohecho sería cesado inmediatamente sin perjuicio de las sanciones del capítulo X del título VII del mencionado Código. Además, los servicios de la Fiscalía serían gratuitos y sus funcionarios no podrían aceptar ningún otro empleo público.¹²

La República Argentina tiene un sistema legal altamente desarrollado. La provincia de Catamarca requirió en 1967 a los abogados ocupados en materia civil a proveer garantías fiduciarias adecuadas a su actividad.¹³ En el nivel federal, los siguientes funcionarios tenían prohibido dedicarse a la práctica privada, aun después de su retiro: magistrados de la Suprema Corte, jueces de apelación, procurador general, jueces de jurisdicción general y defensores públicos.¹⁴

Se pueden detectar tres etapas en la preocupación argentina sobre la ética de su personal judicial. En 1949, una Ley reglamentó ciertos aspectos del desempeño de los jueces federales: la Ley Orgánica del último párrafo del artículo 91 constitucional en su artículo 12 disponía el cese de jueces que demostraran un pobre desempeño de sus obligaciones; conducta desordenada; o cometieran fraudes. Curiosamente, la primera interpretación de conducta "desordenada" a que se refería la Ley se consideró una "intemperancia grave de hábitos"; más exactamente, un juez podría ser cesado si "se ocupaba de cualquier actividad prohibida por la ley, o en actividades incompatibles con la dignidad y la austeridad propias del estado judicial". A fin de proceder contra jueces sospechosos, había de establecerse un tribunal especial, aparentemente según surgiera la necesidad. Para excusarse de participar en tales tribunales, la persona nombrada debía mostrar un cierto grado de afinidad de sangre o política; una animosidad "manifiesta y grave" contra el acusado; o, a la inversa, un grado íntimo de amistad. Se daban reglas detalladas para establecer tales tribunales, con un mayor rigorismo hacia los jueces de la capital. Las acusaciones podían ser hechas

¹² *Id.*, vol. 149, núm. 191, pp. 3035 y siguientes.

¹³ Ley núm. 2224, *Gaceta Oficial*, 10 de abril de 1967, p. 1007.

¹⁴ Decreto Ley, *id.*, 17 de enero de 1956, p. 85.

por cualquier personal, hubiera o no sufrido un daño directo y personal, excepto en casos civiles; por escrito; y que no fuera de manifiesta mala fe. En el último caso, el delator se podría hacer acreedor a prisión por tres meses o a una fuerte multa. Mientras estuviera sujeto a esta investigación, el juez acusado recibiría setenta por ciento de su salario.

La provincia de Tucumán introdujo su propio tribunal contra jueces venales.¹⁵ De hecho, se trataba de un sistema dual de tribunales: uno para la demanda y otro para el juicio. Los acusados potenciales incluían jueces a todos los niveles estatales, exceptuando a los jueces menores. Entre otros detalles, el tribunal de enjuiciamiento se formaría con jueces de mayor jerarquía que los del tribunal de acusación. Esta última podría compararse al gran jurado empleado en los Estados Unidos. También existían disposiciones contra miembros desleales de los jurados quienes, si eran jueces o abogados, serían relevados de sus funciones regulares.

En el mes de junio de 1957 el Gobierno Federal Provisional ordenó que "ningún juez podría ser removido o trasladado sin un juicio regular".¹⁶ A ese efecto, se dictó una Ley que trató de "conciliar la independencia del sistema judicial" con la dignidad de sus miembros. La ley refiere a la Constitución para las causas de remoción de los jueces. En cuanto a los tribunales competentes en estos casos, se estableció sólo que estarían formados por tres miembros del sistema judicial o abogados.

La provincia de Catamarca estableció su propio sistema para la denuncia de los jueces.¹⁷ Según el artículo 17 de esta Ley, cualquier funcionario que recibiera conocimiento presunto de hechos criminales en los que pudiera haber participado algún juez, tenía la obligación de poner tales hechos inmediatamente en conocimiento de un tribunal de acusación. La demanda debería ser hecha por escrito, firmada por un letrado (juez o abogado) e incluir los datos personales del demandante y las pruebas ofrecidas. La demanda tendría que ser ratificada en fecha posterior y podría aumentarse entonces frente al magistrado presidente del tribunal de acusación. Este tribunal estaba constituido por dicho magistrado presidente, dos jueces más y dos abogados litigantes con no menos de diez años de práctica (los últimos cuatro habían de ser seleccionados de una lista popular previamente preparada). Los nombramientos podían ser rechazados o excusados. La demanda

¹⁵ Decreto Ley Núm. 74, *Gaceta Oficial*, 20 de enero, pp. 2239-2240.

¹⁶ Decreto Ley Núm. 6621, 17 de junio de 1957, pp. 556-557.

¹⁷ Ley Núm. 2225, 14 de abril de 1957.

sería rechazada de plano (con una posible condena de cárcel y/o multa para el demandante sin fundamento) o recibida. En el segundo caso, el acusado había de ser oído y el tribunal podría seguir una investigación sumaria. Una vez que la demanda era formalmente admitida, el miembro del personal judicial acusado sería suspendido y, en su caso, podrían disponerse medidas de arraigo. El procedimiento habría de ser oral y público, a menos que la moralidad o la seguridad aconsejaran otra cosa. Sin embargo, la sentencia habría de dictarse a puerta cerrada. Si se encontraba justificada la demanda, se harían las correspondientes notificaciones penales; en caso contrario, el juez sería reinstalado inmediatamente en su puesto. El proceso de remoción propiamente dicho se seguiría en un tribunal regular, el que podría buscar información sobre los antecedentes del acusado. Se aseguraba al acusado un juicio completo, pero el procedimiento no podía durar más de cuatro meses. El tribunal habría de reunirse siempre en pleno y las decisiones tomarse por mayoría. Para fines de la sentencia, el jurado había de deliberar en privado. Si se encontraba inocente al acusado, sería reinstalado inmediatamente; si culpable, estaría además obligado a cubrir los costos del juicio.

Desde 1967, la República Argentina estableció la carrera judicial formalmente.¹⁸ De acuerdo con sus disposiciones, el Tribunal de Apelaciones de Buenos Aires elaboraría listas de los candidatos mejor calificados. Esta lista sería presentada a la Suprema Corte. En las provincias se seguirían pasos semejantes. Cuando ocurriera una vacante en algún tribunal de jurisdicción general o de apelación, entre jueces, funcionarios del tribunal o defensores públicos, se presentará una terna al Ejecutivo. Curiosamente, en tales listas podrán aparecer los nombres de personas que aún no están afiliadas al poder judicial, siempre que "circunstancias especiales" lo justifiquen.

Otros países latinoamericanos también han legislado sobre estas materias. Por ejemplo, el procurador general del gobierno revolucionario de El Salvador debería tener (1948) un "espíritu dinámico y honrado, así como patriótico y revolucionario". Por su parte, la Ley Judicial del Paraguay dispone que los secretarios e intendentes de los juzgados podrán ser nombrados por los respectivos jueces.

Los legisladores de Guatemala expresaron en 1970 que el jefe del Poder Judicial deberá ejercer funciones de supervisión tanto en los procedimientos como en el rendimiento de sus subordinados. Tales actividades incluirían el nombramiento, traslado, intercambio y sanción de

¹⁸ Ley Núm. 17455, GACETA OFICIAL, 27 de septiembre de 1967, pp. 2766-2768.

los empleados del Poder Judicial, hasta llegar a la remoción misma. El jefe de dicho Poder podría inspeccionar personalmente o a través de delegados los tribunales del país para mejorar sus respectivos rendimientos. Curiosamente, ese jefe podría "modificar el procedimiento siempre que detectara algún error", en cualquier nivel del mismo.¹⁹ Presumiblemente, las prácticas actuales y más democráticas en ese país habrán por lo menos moderado tales excesos.

En el Perú una Ley Orgánica del Poder Judicial fue proclamada.²⁰ Curiosamente, uno de los propósitos declarados de tal Ley era el de "co-ordinar la cooperación entre el Ejecutivo y la Iglesia Católica y otras iglesias establecidas". "El Ministerio de Justicia quedaba encargado de la formulación, dirección y co-ordinación de las políticas para la protección y la asistencia a familias, niños, la juventud y los ancianos abandonados." El Ministerio también supervisaría diversas organizaciones descentralizadas, incluyendo aquella dedicada a la asistencia, promoción y protección de los miembros legalmente más marginados de la sociedad (INAPROME).

En Panamá se pudo detectar una carrera judicial aun más temprana.²¹ La respectiva Ley se ocupa de los nombramientos, tenencia, traslado, remoción, renuncia y acciones disciplinarias contra el personal judicial. Básicamente, se establece una carrera de promoción según la cual, de ocurrir una vacante, se llenaría con el siguiente funcionario en línea, tomando en cuenta antigüedad y buenos servicios. Los correspondientes reglamentos habrían de seguirse estrictamente para llenar las vacantes de personal no judicial de los tribunales. Los jueces panameños tenían una permanencia garantizada a menos que cometieran algún fraude. Los traslados y las suspensiones también se definían cuidadosamente en la Ley. Ningún funcionario judicial podría ser removido sin audiencia previa. Las acciones detalladas contra los jueces incluían aquellas situaciones en que se había cometido alguna falta contra un superior, de hecho o de palabra; ausencias injustificadas por tres días seguidos o dos lunes por mes; negligencia o retardo en el desempeño de las funciones; ofrecimientos de "opiniones, consejos o indicaciones" a las partes en litigio; críticas o felicitaciones a miembros del Ejecutivo; participación política, excepto por el ejercicio del voto; críticas injustificadas del desempeño de otros jueces o magistrados; ofrecimiento de sugerencias a otros jueces o tribunales para

¹⁹ *Gaceta Oficial*, vol. 189, núm. 85, 2 de noviembre de 1970.

²⁰ *Leyes del Perú*, p. 135-136.

²¹ *Gaceta Oficial*, 29 de enero de 1963.

la solución de litigios pendientes; e incurrir en cualquier otra "falta grave". Las sanciones disciplinarias incluían censura, multas y suspensión de funciones sin goce de sueldo hasta por noventa días. Los términos correspondientes eran de diez días para determinar los antecedentes del acusado; entre ocho y treinta días para la investigación; y cinco días para la defensa del acusado.

6. *Requisitos mexicanos actuales para el ejercicio legal profesional*

a) *Nacionalidad.* De acuerdo con la Constitución federal, las entidades federativas pueden legislar sobre el ejercicio profesional dentro de sus territorios y la Federación puede emitir reglas para el Distrito Federal y para todo el país en materias federales.²² Los grados profesionales por las autoridades de un Estado bajo sus leyes serán reconocidos en otros Estados en los términos de la Fracción V del Artículo 121 constitucional. Genéricamente, existe libertad para el ejercicio profesional, incluyendo la libertad para cualquier empleo o trabajo lícito. Artículo 5 constitucional. Sin embargo, cada Estado puede aprobar leyes sobre qué profesiones exigen un grado, los requisitos para obtener tal grado y los funcionarios que podrán expedirlo. Puede también haber limitaciones bajo una ley general, o en cuanto derechos sociales pudieran resultar afectados.

El Artículo 23 de Código Civil para el Distrito Federal requiere que los menores y los incapacitados legal o mentalmente sean representados en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones. De acuerdo con los artículos 646 y 647 del citado ordenamiento, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años.

En los términos del Artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal, existe una incapacidad natural y legal, además de la minoría de edad, para aquellos adultos faltos de inteligencia por razón de locura, idiotéz o imbecilidad, aun cuando presenten intervalos de lucidez ocasional o presente; los analfabetas o sordomudos; los alcohólicos habituales o quienes abusen del uso de las drogas enervantes. Excepto por la incapacidad de minoría de edad, las demás requieren tutoría, limitando así la libertad del incapacitado para administrar o contratar. El Artículo 635 considera tales actos de administración o contratación nulos. Debido a esta falta de libertad de administrar

²² Ver, generalmente, ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica Jurídica*, México: Porrúa, 1979, 503 pp.

y de contratar, implícitamente ni los menores ni los incapacitados por alguna otra causa pueden ejercer la profesión legal.

Además del grado, la persona que desee litigar debe obtener una licencia profesional y una patente. Para el ejercicio de una especialidad dentro de una profesión, es necesario completar los estudios requeridos y obtener una autorización de la Dirección General de Profesiones.

Las personas que obtuvieron su grado en alguna entidad federativa pueden ejercer su profesión en el Distrito Federal después de registrar su título. La Secretaría de Educación Pública puede y de hecho ha suscrito convenios al respecto con los Estados.

El párrafo 1 del Artículo 15 del mencionado ordenamiento excluye expresamente a los extranjeros de las profesiones enumeradas en el reglamento, incluyendo el derecho. A mayor abundamiento, parece que uno de los requisitos para litigar en México es ostentar la nacionalidad mexicana. Sin embargo, esta regla puede ser anticonstitucional, porque el Artículo 5 constitucional del que deriva la Ley Orgánica y por tanto los reglamentos, no coloca limitación alguna de nacionalidad para el ejercicio de las profesiones. Además, el Artículo 33 constitucional concede a los extranjeros las garantías individuales otorgadas a ciudadanos mexicanos en el Capítulo I, Título 1, de dicha Constitución. El Artículo 1 constitucional establece el principio de que tales derechos, a los que llama "garantías", no serán restringidas ni suspendidas sino en circunstancias extraordinarias. Así lo interpretó la Suprema Corte el 30 de diciembre de 1944. Sin embargo, los individuos extranjeros que desearan practicar derecho en México se verían obligados a entablar un juicio de amparo. Por supuesto, el extranjero en cuestión tendría también que cumplir las disposiciones de la Ley General de Población y su Reglamento.

El artículo 16 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5 constitucional sobre el ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal permite que los beneficiarios de asilo a que ejerzan temporalmente su profesión en México. Por razones similares a las aducidas arriba, esos permisos podrían reclamarse como permanentes.

La Secretaría de Educación Pública registrará los títulos de los ciudadanos mexicanos obtenidos en el extranjero, siempre que los programas de estudio involucrados sean los mismos o similares a los ofrecidos por las instituciones educativas públicas mexicanas. Lo mismo hace la Universidad Nacional Autónoma de México. En el primer

caso, si tal igualdad o similitud no se prueba a satisfacción de las autoridades, se ofrecerán pruebas adicionales o de equivalencia.

Finalmente, los extranjeros y los mexicanos por naturalización podrán, según el Artículo 18 reglamentario, ser profesores de especialidades aún no establecidas en el país, o si demuestran una competencia indisputada y significativa en tal especialidad, en opinión de la Dirección General de Profesiones, los extranjeros o los mexicanos por naturalización podrán también ser consultores o instructores en el establecimiento, organización e instalación de instituciones educativas civiles o militares, así como en laboratorios científicos.

b) En los Estados de Guanajuato y Jalisco

i. El Artículo 3 del Reglamento del Artículo 7 de la Constitución de Guanajuato incluye derecho entre las profesiones que requieren un título para su práctica. El Artículo 4 define tal práctica como rendir cualquier servicio asociado con cada profesión, pagado o gratuito, aun si constituye sólo una consulta. Cualquier presentación como profesional, sea por medio de tarjetas, anuncios, placas o insignias hace presumir que la persona que así se presenta rinde los servicios ofrecidos. La mera investigación científica o la diseminación del conocimiento asociado con cualquier campo de la sabiduría no se consideran como práctica profesional.

Los residentes de otras entidades federativas que "accidentalmente y en casos particulares" ejecuten actos profesionales dentro del Estado de Guanajuato están exentos del requisito de registro de su título y membresía en la barra de abogados, aunque deberán comprobar la posesión de sus títulos obtenidos en las entidades de que son oriundos. Artículo 5.

Bajo el Artículo 6, el Estado de Guanajuato agrega a la disposición federal de un título debidamente expedido y registrado, los requisitos probablemente anticonstitucionales de membresía en la Barra de su domicilio y, en el caso de extranjeros, "los términos y condiciones derivados de las leyes aplicables, así como la determinación de las autoridades competentes". Fracciones I y III, respectivamente.

Aparentemente, bajo el segundo párrafo del Artículo 7, los litigantes penales y laborales no requieren un título de abogados. Bajo el Artículo 8, el acusado penal puede presentar su propia defensa, hacerlo por medio de una persona no abogada pero de su confianza, o a través de un abogado. Sin embargo, se invitará al acusado a nom-

brar, además, un defensor con título. Si el acusado no ejerce este derecho, se nombrará un defensor público para actuar junto a la persona de confianza del acusado.

El Artículo 9 exige sanciones contra quienes practiquen la profesión sin el título necesario.

Se consideran pasantes aquellas personas que han terminado su programa de estudios legales pero que todavía no reciben sus grados. El Artículo 10 les permite aparecer ante los tribunales por un plazo máximo de cuatro años, siempre que sus respectivas escuelas de derecho los hayan clasificado como pasantes. Esas escuelas deberán, además, certificar la "buena conducta" del pasante.

ii. En el Estado de Jalisco el Decreto respectivo²³ dispone que las profesiones que requieren título para su ejercicio en el Estado "son las que de acuerdo con los programas de estudio que han creado las Instituciones Docentes legalmente reconocidas por el mismo" así lo establezcan, sin especificar la abogacía o profesión alguna en particular.

Existe una Dirección de Profesiones del Estado con atribuciones similares a las descritas a nivel federal. Su Artículo 10 otorga reconocimiento a los títulos obtenidos de acuerdo con los requisitos establecidos por las demás entidades federativas, asegurándose según el siguiente artículo la existencia legal y física de la institución que expidió el título; la identidad del profesionista; y su aprobación de los correspondientes estudios. Por lo que se refiere a los extranjeros, el Decreto se refiere a las equivalencias establecidas en la Ley Federal de Educación, aunque la Dirección de Profesiones del Estado queda autorizada para expedir permisos temporales para el ejercicio de la profesión. El Decreto se ocupa en detalle de la Dirección de Profesiones mencionada y de la posibilidad de la creación de Colegios de Profesionistas, llegándose a la expulsión por decisión de dos terceras partes del Colegio de miembros que "desprestigien o deshonren a la profesión".

Para efectos de sanciones, el Decreto se refiere a las correspondientes disposiciones del Artículo 224 del Código Penal, sin perjuicio de posibles daños civiles y a diversas multas por faltas menores.

²³ *El Estado de Jalisco*, tomo CCLIV, núm. 29, 13 de agosto de 1974, pp. 491-497.

II. ENSEÑANZA LEGAL

7. *En México*²⁴

Mientras que al principio de la Conquista española se permitió a los indígenas continuar bajo la organización de sus propias autoridades y administradores de justicia, como queda dicho arriba.

En 1553, se fundó la Real y Pontificia Universidad de México y se introdujo la enseñanza del derecho, si bien con un enfoque más bien teórico. Por ello la Real Audiencia exigía un examen práctico a los graduados. Esto seguía la práctica europea de que los abogados fueran examinados por los tribunales ante los cuales aspiraban a practicar. Para 1709 se notaba discriminación en la Nueva España a favor de los abogados nacidos en España o de sus hijos legítimos. En general, para 1768 los graduados de las escuelas de derecho requerían cuatro años de práctica antes de ser admitidos formalmente a la Barra, aunque según Ruiz Guñazu, había dispensas especiales. Hacia el final del Virreinato y el principio de la época independiente, la práctica de la ley exigía la mayoría de edad, estudios y práctica.

La Ley Orgánica de la Instrucción Pública de 1867, Artículo 24, establecía que para obtener el grado de abogado era necesario aprobar estudios preparatorios y profesionales, práctica en algún despacho establecido y ante tribunales penales y civiles, así como asistencia a la Academia de Jurisprudencia de la Barra. Los grados de Notario y de escribano requerían, además, mayores exámenes, la aprobación de un curso procesal y la práctica en una Notaría y ante tribunales civiles y penales. Si bien diez años después y en lo sucesivo se incluyó el curso de procedimiento en el programa profesional de estudios, se le acompañaba con prácticas en los tribunales civiles, penales y federales, según Medina.

En 1907 se ordenó un plan de estudios para el grado de abogado, incluyendo las especialidades de ciencias legales y sociales, en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Se hizo referencia expresa a la necesidad de beneficiarse en todo lo posible por la práctica ante instituciones dedicadas a la administración de justicia y en los establecimientos penales. En el quinto año se ofrecía un Curso Práctico en Casos Selectos, cuyas labores detalladas eran muy completas e incluían por lo menos diez casos por curso. Se esperaba que los profesores tomaran en cuenta la necesidad del conocimiento teórico/práctico en

²⁴ ARELLANO, *supra*, nota 22.

la legislación federal y estatal; las leyes serían manejadas en clase y se analizarían las demandas, mociones, resoluciones y documentos; y se pondría énfasis en la redacción legal. Los alumnos deberían preparar informes orales y escritos. Se nombrarían comisiones para que asistieran a los procesos civiles y penales importantes e informarían a sus compañeros para comentario de sus profesores. El distinguido profesor Justo Sierra subrayaba la importancia del estudio de las leyes civiles.

En 1912 se estableció la Escuela Libre de Derecho, incluyendo en el quinto año un curso también llamado Casos Selectos. La institución empezó a adquirir un prestigio que dura hasta hoy.

De 1920 a 1967, la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma requería en el quinto año de la carrera la asistencia obligatoria a Prácticas Forenses. Sin embargo, a lo largo de la carrera los alumnos podrían acreditar la materia mediante certificados no siempre veraces de trabajo en despachos privados. Posteriormente, la materia fue reemplazada hasta cierto punto por el Servicio Social Profesional, cuyos objetivos declarados eran conectar al estudiante con los lugares de trabajo, la teoría y la práctica. Materias optativas incluían en los mil novecientos setentas Juicios Civiles Especiales y Juicios Laborales Especiales. Después de 1977, los dos últimos semestres incluían la asistencia obligatoria a las materias de Clínica Procesal en Derecho Privado o Administrativo y la Clínica Procesal en Derecho Social, Penal o Fiscal.

8. *Insuficiente enseñanza de la ética profesional*

De acuerdo con Guerrero,²⁵ es desafortunado que la materia de Deontología Legal haya sido abolida hace varios años de los programas de estudio. Señala casos de profesores que aconsejan a sus estudiantes a seguir el camino fácil, la chicana, o algún otro medio ilegal de ganar casos. Se ha sabido de prominentes abogados que se vanaglorian de los procedimientos ilícitos que siguieron alguna vez. Todo esto ha contribuido a la creciente pérdida de prestigio de la profesión.

Así, los abogados se han venido a considerar como expertos en armar trampas, inventar litigios y encarcelar inocentes dando carácter criminal a materias que son puramente civiles. Los juicios se prolon-

²⁵ GUERRERO L., Euquerio, *Algunas consideraciones de ética profesional*, México: Porrúa, 1982, 75 p.

gan eternamente y para acelerarlos es frecuentemente necesario acudir a la influencia o al soborno.

Este sombrío panorama lleva a Guerrero a reflexionar sobre el olvido en que han caído las normas de ética profesional, y en que la meta más alta a la que deben aspirar constantemente los abogados es al reino de la justicia.

III. ÉTICA PROFESIONAL

Si bien Latinoamérica no ha adoptado legislación regular en la forma de un Código de Responsabilidades Profesionales, un gran cuerpo de doctrina se ha construido al respecto a través de los años. En algunas cuestiones éticas las respuestas pueden encontrarse indirectamente en otra legislación regular, civil y penal. Campillo encuentra²⁶ que en México el único Código *vigente y efectivo* es el de la Barra Mexicana de Abogados, criterio con el que diferimos. El autor citado reconoce que no todos concuerdan con la forma en que se tratan algunos temas en dicho "Código" pero cree que, en general, las soluciones adecuadas pueden encontrarse en ese texto. Además y menos controvertidamente, Campillo recuerda que algunas disposiciones éticas, especialmente aquellas que afectan el orden público, están incluidas en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y Federal en Materias Federales.

9. En general

Citando a Couture, Campillo escribe que la práctica del derecho puede ser la más noble de las profesiones o el más vil de los oficios; y ocurriendo a Ossorio y Gallardo, señala que la rectitud de conciencia es mil veces más importante que un tesoro de conocimientos. Primero, se debe ser bueno, luego firme y después prudente; la ilustración ocupa un cuarto lugar y el carácter de experto en la materia ocupa un lejano quinto lugar en los valores del abogado.

De acuerdo con Campillo, la mecanización que siguió a la revolución industrial forzó una relajación de los principios éticos, puesto que subrayó los valores de la acumulación de bienes, aun por medios ilícitos. Couture considera en cambio que los valores que el abogado

²⁶ CAMPILLO SÁENZ, José, *Dignidad del abogado: algunas consideraciones sobre ética profesional*. México, Generación 1967-1971, Facultad de Derecho, UNAM, 1988, 52 pp.

debe defender son la libertad, la justicia y la paz de la sociedad (Roscoe Pound).

Con más precisión, Lunds nos dice²⁷ que en el mundo unos cuantos países han plasmado sus reglas de conducta legal profesional en un código; en otros, sólo pueden encontrarse decisiones de cuerpos disciplinarios, posiblemente cotejados y publicados. En su mayor parte, las normas éticas son aprendidas (como en América Latina generalmente) por el estudiante o el abogado joven sea de clases en la escuela o sea en la práctica de los despachos en los que recibió su entrenamiento real original.

Por su parte, Martínez preparó para, y obtuvo la aprobación de la Barra Interamericana, a un Código Proyecto de ética profesional.²⁸ El primer principio general de la ética legal parece ser el que los abogados son esencialmente defensores de la justicia y su conciencia debe predominar sobre las leyes injustas.

El mal llamado Código de la Barra Mexicana establece en su Artículo 17 que sus normas son aplicables a toda práctica de la ley, incluyendo litigios; especialidades; relación entre abogado y cliente; naturaleza de los honorarios; y la protección del receptor de servicios profesionales. Entre los Postulados legales de Ossorio,²⁹ se dice bajo el número 7 que el abogado debe colocar la moralidad por encima de la ley.

Debido a la garantía constitucional expresa mexicana de libertad de ocupación, oficio, empleo o profesión, citado ya del Artículo 5 constitucional y a pesar de la citada contradicción con la correspondiente disposición del Estado de Guanajuato y tal vez del de Jalisco, en nuestra opinión las barras federales o estatales no pueden imponer reglas éticas sobre sus miembros. Los clientes ofendidos tendrían, entonces, que buscar reparaciones civiles o sanciones penales. Así, el Código Civil para el Estado de Yucatán³⁰ reglamenta en su Capítulo VII la "rendición de servicios profesionales", y podría servir como fundamento a una reclamación de ética profesional, aun cuando el capítulo es más frecuentemente utilizado para disputas laborales.

²⁷ SIR THOMAS LUNDS, *Professional Ethics: International Bar Association, Book II*. New York: International Bar Association, 1970, 51 p.

²⁸ MARTÍNEZ VAL, José Ma., "Proyecto...", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: UNAM, Nueva Serie, año XVII, núm. 51 (septiembre-diciembre 1984), 1298-1318.

²⁹ *Enciclopedia jurídica*, vol. 2, p. 279.

³⁰ *Código Civil del Estado de Yucatán*, Mérida: Universidad Nacional del Sur-este, 1987, pp. 188 y ss.

10. *Procedimientos infundados*

De acuerdo con el Artículo 4 del Código de la Barra Mexicana, los abogados deberán abstenerse de emplear formalidades y recursos innecesarios, así como de mociones puramente dilatorias que retrasen innecesariamente el curso normal del procedimiento. Esos actos son llamados popularmente "chicanas" que, sorprendentemente, Ossorio y Gallardo encuentra aceptables según Campillo,³¹ donde se sigue una dilación objetable para "evitar injusticias". J. Honorio Silgueira redactó la Novena Norma de sus Reglas de Ética Profesional de la siguiente manera:³²

Utiliza tu tiempo con provecho. No firmes recursos infundados, acumules montañas de papeles en los juicios, emplees dilaciones maliciosas o procedimientos que no te acarrearán más que deshonor y descrédito...

La Regla 12 de las Normas Éticas Argentinas establece, según Guerrero, que³³

el uso de recursos y formas legales como medio de obstrucción o dilación del procedimiento es uno de los excesos más condenables del ejercicio profesional, puesto que afecta tanto la conducta de la parte... que los utiliza como el concepto público de los abogados.

De nuevo curiosamente, Guerrero interpreta a Bielsa como de acuerdo con la práctica mencionada arriba; promover una dilación en espera de una prueba decisiva en favor del propio cliente; entrenar a los testigos a evitar preguntas maliciosas o capciosas; y excluir testigos para evitar la declaración de hechos y verdades dañinas, defendiéndose a su vez de los careos insidiosos o artificiosos. Guerrero mismo se opone al uso del juicio de amparo en México como un mero instrumento de dilación, especialmente en materias civiles y mercantiles.

El Artículo 4 del Código de la Barra Mexicana dispone que

³¹ CAMPILLO, *supra* nota 26, p. 22.

³² En un *Apéndice* a GUERRERO, *supra* nota 25, p. 58.

³³ GUERRERO, *supra* nota 25, pp. 35-43.

El abogado debe abstenerse de emplear formalidades, mociones o demandas innecesarias /y de/ cualquier acción meramente dilatoria y que obstruya injustamente el desarrollo normal del procedimiento y cause daño injustificado, aun cuando se le cubra con una adhesión escrupulosa a las reglas legales.

En el Proyecto Martínez de Código, la Regla II exige que

los abogados... contribuyan a la celeridad del procedimiento, observando fielmente los términos legales. Deberán abstenerse de demandas y otros medios procesales o mociones que retrasen innecesariamente el procedimiento o causen daños injustificados, aun bajo el pretexto de la observancia escrupulosa de las reglas legales.

Finalmente, el párrafo segundo el Artículo 231 del Código Penal para el Distrito Federal castiga tales tácticas dilatorias con entre un mes y dos años de suspensión profesional y una multa de 50 a 500 pesos, hoy tan insuficientes en las condiciones actuales que pueden pesar poco en un abogado que considere utilizar tales prácticas, como hace notar Campillo.³⁴ En el Código de la Barra Mexicana, tales prácticas dilatorias incluirían el solicitar plazos para la prueba evidentemente inexistente; para beneficio exclusivo de una de las partes; promover instancias que provoquen la suspensión del juicio o recursos manifiestamente impropios; y de cualquier otra forma provocar dilaciones notoriamente ilegales. Este lenguaje se repite textualmente en el cuarto párrafo del Artículo 157 del Capítulo I (Ditos de abogados, patrocinantes y litigantes) del Título II del Código Penal de Guanajuato.³⁵

11. *Soborno*

A pesar de los argumentos expuestos arriba por algunos autores que podrían acercarse a aconsejar falso testimonio de los testigos, el Artículo 5 del Código de la Barra Mexicana dispone que un abogado quien en el curso de su profesión soborne a un funcionario público o un funcionario de la administración de justicia, violará seriamente el honor y la ética de la profesión; si tal conducta llega a su conocimiento cierto, está obligado a denunciarla. Al referirse a la situación

³⁴ CAMPILLO, *supra* nota 26, p. 22.

³⁵ *Periódico Oficial*, 4 de mayo de 1978.

actual en México, Campillo escribe³⁶ que cuando la vida, la felicidad o la fortuna de una familia depende de la resolución favorable de un caso que sólo puede ganarse mediante el soborno, el abogado debe reflexionar profunda y cuidadosamente en su conciencia y a los posibles resultados de una sentencia negativa y presumiblemente decidirse por el soborno, puesto que se encuentra colocado en la situación extrema del asaltado que debe decidir entre entregar la bolsa o perder la vida. Está el autor de acuerdo, sin embargo, en que "si todos los abogados" se abstuvieron de esta práctica, los sobornos eventualmente no serían solicitados y la administración de la justicia mejoraría.

El artículo 222 del Código respectivo del Distrito Federal define al soborno como un delito en el que un funcionario público, personalmente o a través de intermediarios, solicita o acepta ilegalmente para sí mismo o para otro, dinero o cualquier otro regalo por hacer o no hacer algo, legal o no, en relación con sus deberes públicos. En el mismo delito incurrirán quienes (incluyendo, por supuesto, a los abogados) entregan u ofrecen espontáneamente dinero u otros regalos significativos a un funcionario público para que haga o no haga algo, legal o ilegal, en relación con sus obligaciones. Las sanciones por este delito varían, según la importancia del regalo, o de la promesa, de prisión a multas, remoción del puesto y exclusión de cualquier otro empleo, nombramiento o comisión en el servicio público.

12. *Servicios legales no remunerados, independencia profesional y obligación de representar*

Sin duda, ésta es una categoría muy amplia. Parece haber una aceptación general en América Latina hacia la libertad del abogado de aceptar o rechazar la representación de un cliente, sin necesidad de expresar las razones de su decisión.³⁷ Por ejemplo, un abogado no debe aceptar una causa en la que tenga que sostener una tesis contraria a sus convicciones o si está en desacuerdo con la forma en que su cliente pretende presentar o desarrollar su caso. En cambio, los abogados que reciban un honorario fijo mensual o anual deberán, independientemente de las causas en que se les requiera, considerarse bajo contrato de empleo y, por tanto, aceptar tales causas. Aun así, los abogados debieran reflexionar sobre la justicia y propiedad legal de las

³⁶ CAMPILLO, *supra* nota 26, p. 26.

³⁷ CAMPILLO, *supra* nota 26, pp. 28-29.

materias que se les presenten. Están obligados a ilustrar al cliente sobre la justificación moral de su posición y las probabilidades de éxito de su juicio. En términos de Calamandrei, según Campillo, los abogados deben hacer entender a los clientes que no hay cabida para colocar obstáculos en el camino de la justicia. Si los abogados siguen los principios delineados arriba, concluye Campillo, su honor y su dignidad quedan preservados.

Ángel Ossorio colocó como su primer postulado para los abogados el no desoír su conciencia.³⁸ De acuerdo con el Código propuesto por la Asociación de Barras Internacionales, el deber hacia el cliente incluye, en un tercer lugar, que el abogado proteja su independencia profesional y no le es permitido ocuparse en otro negocio, ocupación o empleo que pudiera interferir o perjudicar tal independencia. Se cree que las Reglas Argentinas disponen,³⁹ como parte de su regla 8, que los abogados no deben abandonar a sus clientes hasta que éstos se muestran "no merecedores" —moralmente— de continuar siendo defendidos; los abogados no deberán asumir la representación de la segunda parte después de haber gozado de la confianza de la otra parte.

El Artículo 6 del Código de la Barra Mexicana es muy detallado en cuanto a la aceptación o rechazo de casos por parte de los abogados, "quienes son libres —de hacer lo uno o lo otro— sin expresar sus razones para ello, excepto en el caso de su nombramiento como defensores de oficio..." En tomar su decisión, el abogado debe trascender su interés personal y asegurarse de no ser influido por la importancia económica del caso o el poder o fortuna de la parte contraria. La amistad o las ligas familiares pueden ser factores que afecten —negativamente— la decisión del abogado. En todo caso, esa independencia debe ser defendida "enérgicamente" por parte de los abogados. El Artículo 27 del mencionado ordenamiento dispone, entre otras cosas, que los abogados no deben subordinar su conciencia ni su libertad al cliente, como tampoco justificar sus actos atribuyéndolos a las sugerencias del segundo. El Artículo 31 permite a los abogados el renunciar a un caso después de haberlo aceptado sólo por una causa superveniente, especialmente si su honor o su dignidad profesional pudieran ser afectadas, o su conciencia ofendida; aun en estos casos, el cliente no debe ser dejado sin alguna representación alternativa.

³⁸ Citado en GUERRERO, *supra* nota 32, p. 55.

³⁹ *Id.*, pp. 35-43.

El Artículo 30 del Proyecto Martínez aprobado por la Barra Interamericana adiciona como una razón para el retiro del abogado el carácter repetidamente impostor —mentiroso o desinformador, tal vez— del cliente a lo largo del juicio. El párrafo primero del Artículo 157 del Código Penal de Guanajuato impone prisión de tres meses a tres años, multas de cincuenta a cincuenta mil pesos, suspensión de un mes a un año de actividad profesional y remoción definitiva para los reincidentes, si la defensa o asunto son abandonados sin causa justificada.

De acuerdo con el Código de la Barra Mexicana, el abogado está obligado a defender gratuitamente a los indigentes que se lo soliciten o cuando se les designe judicialmente. Según Campillo,⁴⁰ esto pudiera derivar de la concepción de la abogacía como un ministerio que es ejercido de alguna manera en el beneficio público, de tal modo que se haga justicia y se aplique la ley. El mencionado artículo también dispone que un nombramiento como defensor de oficio no debe ser rechazado sin causa justificada, como serían la especialidad profesional o el domicilio del despacho. De lo contrario, la esencia misma de la práctica del derecho sufriría una grave merma.

El Código Interamericano dispone que dentro de limitaciones legales y profesionales —no definidas— “los abogados debieran defender cualquier parte en necesidad que lo requiera, especialmente en el caso de los pobres”.⁴¹ La Regla 12 de este Código fortalece la obligación de los abogados de participar en los programas oficiales —gratuitos— de defensoría legal, “de acuerdo con las disposiciones legales y colegiales”, excusables sólo por causas verdaderas y suficientes.

El Artículo 49 y siguientes de la Ley Judicial del Estado de Veracruz se ocupa de la institución de los defensores de oficio. Su función general es “promover ante los tribunales la administración eficiente y rápida de la justicia a personas carentes de los medios indispensables para cubrir los gastos requeridos”. A diferencia de la legislación de Guanajuato (*ver* abajo), los defensores de oficio pueden ocuparse de causas civiles o penales. Los defensores de oficio de Veracruz se encuentran a todos los niveles del sistema judicial. Para propósitos éticos, es de particular importancia que sus funciones específicas incluyen entablar juicio a los funcionarios o empleados que hayan incurrido en alguna responsabilidad oficial.

⁴⁰ CAMPILLO, *supra* nota 26, p. 29.

⁴¹ Presumiblemente, este Código negaría a las respectivas Barras la remoción de los abogados culpables, dejando el proceso a las autoridades penales y bajo garantías procesales. MARTÍNEZ, *supra* nota 29, pp. 1316-1318.

De hecho, el estado de Guanajuato tiene sistemas de defensores de oficio, tanto de casos civiles cuanto criminales, pero están sujetos a dos reglamentos diferentes, el primero de 1923⁴² y el segundo de apenas 1986. La Ley de Defensores de Oficio para Pobres en Materia Civil coloca la institución bajo la jurisdicción del Secretario General de Gobierno. Tanto el jefe de Defensores como éstos deben ostentar el grado de abogados, ser mayores de edad, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no hayan cometido delito fraudulento previo. Su Jefe necesita, además, haber practicado la profesión durante por lo menos dos años antes de su nombramiento. Se incluyen disposiciones detalladas sobre nombramientos, funciones y detalles administrativos. El Artículo 9 garantiza la absoluta gratuidad del servicio, incluyendo cualquier forma de pago por parte del acusado. Existe un procedimiento para ser calificado como indigente, requisito indispensable para recibir los servicios del defensor de oficio. La ley impone un máximo de cantidad en controversia para estos casos que es, en las condiciones actuales, absolutamente irreal (mil pesos). Si el asunto en controversia es diez menos que la cantidad mencionada, la Ley provee procedimientos sumarios.

Los defensores de oficio en materia penal también son colocados bajo la oficina del Secretario del Gobierno del Estado.⁴³ El requisito previo de práctica legal del Jefe de estos defensores es aumentado a tres años. La ley incluye una descripción detallada de las obligaciones de estos defensores, que sin embargo parece excluir un cierto rango de criminalidad de su competencia. La dicha ley enumera diez causas de excusa, incluyendo promesas o amenazas a los así nombrados; cuando se han hecho o entregado regalos por parte de la víctima como resultado de actuaciones previas en el caso del indigente corriente; cuando existe un rango muy amplio de consanguinidad entre o afinidad política entre el defensor y el culpable por los daños causados; cuando el prospectivo Defensor haya sido tutor o guardián del acusado; y una serie de circunstancias que podrían ser perjudiciales para el acusado. Los defensores negligentes se hacen acreedores a una amplia gama de sanciones que llegan desde la reprimenda hasta la suspensión por tres días o tres meses, sin olvidar la eventual remoción. Las causas enumeradas de remoción son negligencia repetida de sus obligaciones; actuar localmente como abogado de otras causas; y recibir cualquier forma de pago del acusado indigente.

⁴² *Periódico Oficial*, núm. 7, 25 de enero de 1923.

⁴³ *Id.*, núm. 57, 2a. parte, 18 de julio de 1986.

13. *Secreto profesional*

Según Campillo,⁴⁴ el abogado tiene la obligación de reservarse las confidencias profesionales. Se trata también de un derecho. Sin embargo, la obligación subsiste aun si no aceptó la representación solicitada en una primera entrevista y a hechos conocidos a través de terceras personas o incidentales a la materia de la entrevista. Las confidencias de los colegas también están cubiertas. El abogado queda relevado de esta obligación y queda permitido a revelar tantas confidencias de su cliente como sean necesarias, en casos de ataques serios e injustificados de tal cliente.

En la interpretación del citado autor de los artículos 10 a 12 del Código de la Barra Mexicana, cuando el cliente informa a su abogado o abogados de su intención de cometer un delito, tal confidencia queda excluida de la obligación de secreto profesional y dichos abogado o abogados deben hacer las revelaciones necesarias para impedir el amenazado delito y proteger a la población del daño involucrado. El Código no se pronuncia sobre los casos en que el cliente es el verdadero culpable de delitos por los que alguna otra persona ha sido o será condenada. Campillo mismo, apoyándose en Ossorio y Gallardo y en el argumento de mayoría de razón (lo que es cierto de lo más es cierto de lo menos), piensa que un abogado colocado en tal situación debe hacer lo que sea necesario para evitar la comisión del delito y obtener, en el otro caso, la exoneración de la parte injustamente acusada.

En un interesante artículo de Martínez Val sobre la intervención de los abogados en casos de secuestro,⁴⁵ establece en una tercera hipótesis que cuando los abogados hayan intervenido en operaciones de rescate no están obligados a mantener el secreto profesional, siempre que sus conciencias les indiquen que el romperlo sería útil y eficaz para dar término al secuestro. Por otra parte, pueden sostener el secreto cuando no hacerlo pudiera producir consecuencias gravemente negativas a la víctima del secuestro o a sus parientes, o a los propios abogados o sus parientes; o si tal secreto ha sido exigido como una condición absoluta por los secuestradores que hayan buscado los servicios del abogado en cuestión. Martínez concluye que, utilizando un criterio de moralidad de probabilidades, sólo los abogados deben de-

⁴⁴ CAMPILLO, *supra* nota 26, pp. 30-32.

⁴⁵ MARTÍNEZ VAL, José María, "Delito de secuestro e intervención profesional del abogado", en BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Nueva Serie, año XVII, núm. 50 (mayo-agosto, 1984), pp. 523-532.

cidir si, tomando en cuenta todas las circunstancias, el secreto profesional deba ser o no mantenido en estos casos.

Las reglas de la Barra Internacional, según son presentadas por Lunds,⁴⁶ declaran sucintamente como la octava violación del deber del abogado a su cliente el violar las confidencias del segundo, a menos que tal cosa sea ordenada por el tribunal o por la ley. Según la presenta Guerrero.⁴⁷ La Regla 17 de las normas argentinas de ética son algo más detalladas cuando dicen que "no es aceptable el divulgar los pasos de una transacción que fracasa y mucho menos las confidencias, especialmente aquellas relacionadas con la familia, recibidas por el abogado".

Se ha argumentado que de esta obligación deriva una inviolabilidad del despacho del abogado; aun así, hay acuerdo general de que el secreto profesional no es violado cuando se requiere protegerlo de la persecución de su cliente, como queda dicho arriba.

El Código de la Barra Mexicana agrega en su artículo 10 que el abogado, cuando sea requerido como testigo, deberá presentarse pero negarse a declarar ninguna pregunta que pudiera implicar violación o amenaza de violación del secreto profesional. También el Código Interamericano considera el secreto profesional un deber y un derecho frente a jueces y otras autoridades. Aquí se incluye como secreto profesional aquellos asuntos de que el abogado se ha enterado a través de sus colegas, asociados, empleados y sus respectivos dependientes.

Desde 1876 el Código Penal para el Distrito Federal (aún vigente en muchas de sus partes) dispone en el artículo 767, en parte, que "dos años de cárcel será la pena para cualquiera que revele, con grave daño para esa persona, los secretos de ésta. . . cuando llegaron al conocimiento del primero por razón de su empleo o profesión". También podría sobrevenir una suspensión profesional por dos años.⁴⁸ Campillo recuerda que los artículos 210 y 211 consideran un delito la revelación sin causa grave, con detrimento para alguien y con o sin su consentimiento, de confidencias que puedan haberse adquirido en el curso del empleo, oficio o puesto; la penalidad se aumenta en caso de que la revelación punible haya sido hecha por alguien rindiendo servicios profesionales o técnicos, o por algún oficial público o empleado.⁴⁹ Molierac en su

⁴⁶ LUNDS, *supra* nota 27.

⁴⁷ GUERRERO, *supra* nota 32, pp. 35-43.

⁴⁸ Ministerio de Justicia e Instrucción, *Código penal del Distrito Federal y del Territorio de Baja California*. Jalapa: DIARIO OFICIAL, vol. LIX, núm. 78, 29 de junio de 1948, 48 pp.

⁴⁹ CAMPILLO, *supra*, nota 26, pp. 30-32.

Iniciación a la abogacía presenta un punto de vista francés distinto sobre el tema.

14. *Dignidad profesional*

De acuerdo con el Código de la Barra Mexicana, hay una obligación primordial de los abogados de ocuparse del honor y de la dignidad de la profesión, incluyendo el evitar buscar clientes a través de publicidad excesiva o dudosa; usar tal publicidad con el fin directo o indirecto de autoelogio; usar la prensa para discutir asuntos que representa o para la publicación de los incidentes del procedimiento, excepto cuando lo requiera la moralidad o la justicia; ofrecer consultas y emitir regularmente opiniones a través de la prensa, radio o cualquier otro medio masivo de comunicación sobre cualquier controversia legal en que participe, sea tal publicidad gratuita o no; y dar opiniones sobre determinado asunto con el propósito de provocar un juicio o atraer un cliente, excepto cuando existan ligas de familia o de íntima amistad. El abogado nunca debe permitir que sus servicios profesionales o su nombre sea utilizado para facilitar o provocar el ejercicio profesional de parte de quienes no estén autorizados para ello.⁵⁰ Este código insiste en la obligación de los abogados de luchar por cualquier medio legítimo contra la conducta reprobable de jueces, funcionarios públicos y colegas profesionistas, informando sobre tales conductas sin temor de las autoridades o las Barras; de este modo, abandonarán una actitud meramente pasiva.⁵¹

El primer párrafo de la Regla 7 del Código Interamericano declara que los abogados están obligados en todo tiempo a mantener el honor y la dignidad de su profesión; ningún descrédito debe resultar a ésta de la conducta pública o privada de los abogados.⁵²

15. *Entrega o celo profesional*

En versión de Campillo,⁵³ el Artículo 30 del Código de la Barra Mexicana considera altamente impropio servir profesional /y simultáneamente/ partes con intereses opuestos, excepto cuando tales partes

⁵⁰ *Id.*, pp. 32-33.

⁵¹ GUERRERO, *Apéndices*, supra nota 32, p. 59.

⁵² MARTÍNEZ, supra nota 26, pp. 33-35

⁵³ CAMPILLO, supra nota 26, pp. 33-35.

lo autoricen expresamente. La regla es aplicable aun en aquellos casos donde el abogado en cuestión haya abandonado una de las partes con razón justificada. Esto es similar al lenguaje de la Segunda Sección del Código del Distrito Federal, el que considera un delito abandonar al cliente o su representación sin causa justificada y causando daño; la Sección III del Artículo en cuestión considera delincuente la conducta de un defensor que se limite a obtener libertad bajo fianza de su cliente, sin promover las correspondientes investigaciones ni continuar directamente la defensa del cliente. El Artículo 31 del referido ordenamiento convierte en una obligación del abogado hacia su cliente el servirlo eficientemente y con determinación, de tal modo que sus derechos sean defendidos, sin miedo a la animosidad de las autoridades o a la impopularidad. Sin embargo, la libertad de conciencia del abogado no puede quedar subordinada al cliente. El abogado no deberá nunca asegurar éxito a la causa del cliente, pero puede informarle de los derechos que pudieran asistirle. Siempre deberá favorecerse un arreglo justo /sobre un litigio posiblemente costoso y prolongado/. Dentro de las limitaciones mexicanas a la recuperación por daños y perjuicios disponible, por ejemplo, en la teoría norteamericana de tort, el abogado mexicano debe reconocer inmediatamente la responsabilidad en que pudiera incurrir por negligencia, error imperdonable o fraude, estando siempre dispuesto a indemnificar al cliente si algún daño le haya sido ocasionado por las razones señaladas inmediatamente arriba. El abogado deberá siempre revelar a su cliente cualquier relación que pudiera tener con las otras partes o si está sujeto a cualquier influencia contraria a los intereses del cliente a la que pudiera estar sujeto el abogado.

El Tercer Postulado de Ossorio,⁵⁴ encomia a los abogados a que se consideren al servicio del cliente y no lo inverso. El Quinta Mandamiento de Couture al Abogado,⁵⁵ se ocupa de los deberes de lealtad hacia el cliente, quien

no debe ser abandonado hasta que estés convencido de que no merece tu atención. Sé leal hacia el adversario, aunque él sea desleal contigo. Sé leal hacia el juez, quien desconoce los hechos y tiene que confiar en tu versión. Y recuerda que también la ley confía en ti para que la invoques.

⁵⁴ GUERRERO, *Apéndices*, supra nota 32, p. 55.

⁵⁵ COUTURE, Eduardo J., "Los Mandamientos..." en *id.*, p. 53.

La regla 21 del Código Interamericano⁵⁶ espera que, una vez que una representación ha sido aceptada, los abogados antepondrán los intereses del cliente a los suyos propios. La defensa de tales intereses ha de ser intrépida y basada en la independencia profesional, la solidaridad entre colegas y la protección de la Barra. La Regla 23 establece, además, que los abogados deben actuar con el mayor celo y dedicación personales. Sus relaciones con los clientes deben mantenerse en un nivel de persona a persona o a través de personal competente y autorizado. Los abogados tienen libertad para elegir los medios empleados /en la defensa/, siempre que sean lícitos. Esta misma idea se encuentra en el tercer párrafo de la Regla 9. Los abogados deben impedir impropiedades de sus clientes y pueden renunciar a su representación si persisten en ellas (*ver* abajo "obligaciones hacia el Poder Judicial"). Los clientes tienen derecho a todas las mociones y acciones legales; pueden esperar de sus abogados todas las apelaciones a que tuvieren derecho. Como queda dicho arriba, los abogados o sus asociados nunca deberán representar intereses opuestos. Además, según la regla 13, "los abogados demostrarán moderación y energía en sus pronunciamientos, sin llevar la representación más allá de lo necesario".

El Título XII del Código Civil del Estado de Yucatán define al mandato como la situación en la que "una persona da a otra persona la autoridad /o el poder/ de hacer algo en su nombre". Rojina Villegas agrega,⁵⁷ que las principales obligaciones de un mandato *legal* son "seguir el juicio en todas sus instancias y procurar la mejor defensa posible del mandante". Las principales obligaciones del mandatario están enumeradas en los Artículos 1666 a 1673 inclusive del citado Código e incluyen la devoción y necesaria diligencia hacia el asunto a mano, como si fuera del propio abogado, o asumir la responsabilidad por los daños que pudieran acontecer al mandante; y rendir cuentas exactas de su desempeño. Además, no deberá exceder la autoridad concedida por el mandante.⁵⁸

16. Obligaciones

a) *Hacia el Poder Judicial.* El abogado debe permanecer vigilante de modo que su cliente mantenga una actitud respetuosa hacia los jue-

⁵⁶ MARTÍNEZ, *supra* nota 29, pp. 1306-1311.

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 5a. ed., México: Porrúa, 1971, vol. IV, p. 274.

⁵⁸ Yucatán, *supra* nota 30, pp. 183-184.

ces y funcionarios judiciales, así como hacia las otras partes, e impedir que el cliente cometa actos ilegales. Si el cliente persiste en su actitud reprehensible, el abogado debería renunciar su representación. Si el abogado descubre un error que beneficia ilegalmente a su cliente o una impostura de parte de éste, debe informarlo así para que se rectifique el error o se renuncie al posible beneficio. Si el cliente se niega, de nuevo el abogado debe renunciar su representación.

Como lo prescribe el Código de la Barra Internacional,⁵⁹ las obligaciones del cliente hacia el Poder Judicial se violan si el abogado no trata invariablemente a todos quienes se encuentren involucrados en el proceso con cortesía y respeto, independientemente de sus deberes de defender sin miedo los intereses de su cliente. No debe alternar con su colega contrario excepto por medio del tribunal o del juez; aparecer como cliente, excepto para proveer pruebas puramente formales; no emplear toda su habilidad y experiencia al servicio de sus clientes; y, cuando razones personales le impidan continuar algún procedimiento, no emplee todo su esfuerzo en asegurar al cliente una representación alternativa.

Las Reglas 46 a 51 inclusive del Código de la Barra Internacional contienen otras disposiciones sobre las relaciones entre abogados y jueces. Los abogados deben mantener siempre respeto hacia los tribunales y sus funcionarios. Estos últimos tienen derecho de ser defendidos por abogados siempre que sufran ataques irrespetuosos o se ignoren sus órdenes. Siempre que haya duda seria sobre algún tribunal o alguno de sus funcionarios, deberá buscarse el remedio legal o, por lo menos, presentar una queja a la respectiva Barra.

Los retos a los tribunales no deben poner en entredicho la majestad de la justicia o la dignidad de la profesión.

Los abogados deben abstenerse prudentemente de tratar de influenciar al juzgador. La falta de abstención de parte de los abogados de excesivas atenciones o familiaridades inusuales con los jueces, aun cuando explicables por relaciones personales, pueden provocar interpretaciones falsas o equívocas.

Los abogados deben abstenerse de comunicaciones o discusiones personales con los jueces, excepto bajo condiciones de justificada urgencia. En todo caso es inaceptable presentar, sin la presencia del abogado contrario, argumentos distintos a los incluidos en la demanda escrita.

⁵⁹ LUNDS, *supra* nota 27, pp. 27-28.

Exjueces y funcionarios que sean abogados litigantes no deben aceptar representaciones de casos de los cuales se ocuparon en su capacidad oficial. Los abogados deben abstenerse por un periodo prudente de litigar ante tribunales o agencias administrativas a las que hayan pertenecido.

Los abogados que propicien o contribuyan a la violación del orden legal en los puestos o nombramientos que ocupan, cometen una violación seria de ética profesional.

Campillo agrega que los abogados tienen la obligación de luchar por todos los medios legítimos a fin de que el nombramiento de los jueces se base exclusivamente en los méritos de los candidatos y de una vez nombrados no se ocupen de actividades incompatibles con su sentido de imparcialidad.⁶⁰ Basado en la Regla 2 de la Barra Federal de la República Argentina, Guerrero subraya la lealtad debida por parte de los abogados a los hechos mismos, de modo a que "no formulen declaraciones positivas o negativas que sepan que son inexactas, o incluyan citas en sus escritos que sean incompletas, sólo aproximadas o contrarias a la verdad, con propósitos de mala fe."⁶¹ Sin embargo, también escribe que los abogados pueden influenciar al juez "haciendo llamados a ligas políticas o amistosas, recomendaciones, o cualquier otro medio más allá de la simple fuerza de sus razones", para obtener la aceleración de una decisión, aunque no para influenciar la decisión misma.

Bajo el artículo 255 del Código Penal del Distrito Federal,⁶² los siguientes delitos potenciales de los administradores de justicia son enumerados: ocuparse de asuntos respecto de los cuales el funcionario público está impedido, o abstenerse de aquellos en los que tiene responsabilidad; litigar a través de una tercera persona, cuando la ley lo prohíbe; dirigir o asesorar la parte contraria; sugerir una solución o sentencia definitiva sabiendo que hay el propósito en ello de violar la ley o de ir contra los incidentes del juicio o el veredicto del tribunal; generalmente, favorecer una parte sobre la otra; afectar la libertad individual de las partes; dictar resoluciones o ejecutar sentencias notoriamente contra la ley; favorecer los intereses propios o sacar ventajas indebidas del puesto para beneficio de parientes hasta el cuarto grado de colateralidad, o aquellos con quienes el funcionario tenga intereses económicos o sociales comunes.

⁶⁰ CAMPILLO, *supra* nota 26, p. 35.

⁶¹ GUERRERO, *supra* nota 25, p. 26.

⁶² CAMPILLO, *supra* nota 26, pp. 46-47.

El artículo 228 del Código Penal del Distrito Federal⁶³ provee de penas más severas a los reincidentes. También el Estado de Guajuato tiene una Ley de Administración de Justicia.⁶⁴

b) *Hacia los colegas.* Guerrero señala una regla del Código de la Barra Mexicana que propone la "fraternidad entre los colegas para exaltar la profesión y el mutuo respeto, sin permitirse nunca ser influenciados por el antagonismo entre las partes. Para lograr esto, los abogados deben abstenerse cuidadosamente de personalizar sus actuaciones."⁶⁵

Ossorio lo define bien: nunca debe tratarse en el tribunal de aparecer más que los magistrados, pero tampoco consentir en ser menos.⁶⁶ Silguera recomienda confianza y fe en la integridad de los jueces, y el no buscar consuelo en las faltas ajenas.⁶⁷ La Regla 17 de la Barra Internacional considera como una violación de la integridad del abogado el que disuada o trate de disuadir a un testigo a rendir testimonio.⁶⁸

Los párrafos segundo y tercero del Principio 5 de los principios generales de ética profesional de la Barra Interamericana,⁶⁹ recuerdan que los abogados no sólo deben procurar el respeto a las leyes locales y nacionales, sino también a la legislación internacional vigente cuando están involucrados en asuntos internacionales. Deberán interpretar los derechos humanos de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos /de 1948/ y la jurisprudencia internacional. El segundo párrafo de la Regla 9 del citado ordenamiento también recuerda a los abogados que no deben aconsejar o aceptar representación en causa alguna en que se involucre alguna ley o reglamento en cuya formulación hayan ellos intervenido. Por otra parte, el segundo párrafo de la Regla 13 dispone que el lenguaje judicial debe contener un máximo de respeto hacia las personas y las instituciones, absteniéndose de expresión violenta u ofensiva alguna.

La Ley Judicial del Estado de Veracruz,⁷⁰ concede a la Suprema Corte del Estado la autoridad para llamar la atención del Procurador

⁶³ Citado por CARDONA ARIZMENDI y OJEDA RODRÍGUEZ, *Nuevo código penal comentado*, p. 367.

⁶⁴ *Periódico Oficial*, núm. 77, 24 de septiembre de 1985.

⁶⁵ GUERRERO, *supra* nota 25, pp. 32-33.

⁶⁶ *Id.*, *Apéndices*, nota 25, p. 55.

⁶⁷ SILGUEIRA, J. Honorio, "Normas de ética profesional del abogado", *id.*, p. 57.

⁶⁸ LUNDS, *supra* nota 27.

⁶⁹ MARTÍNEZ, *supra* nota 29.

⁷⁰ Ley orgánica judicial del Estado de Veracruz-Llave, Jalapa, *Diario Oficial*, vol. LIX, núm. 78, 29 de junio de 1948, 28 pp.

General del Estado sobre la conducta de los funcionarios públicos a quienes hayan encontrado culpables de algún delito; corregir errores graves de procedimiento; e "imponer sanciones disciplinarias" a Magistrados y jueces. El Magistrado Presidente puede encomiar a los demás Magistrados y a los jueces a cumplir con el requisito de justicia pronta y compleja; remover personal judicial, excepto otros Magistrados; recibir quejas orales o escritas de irregularidades en la administración de justicia; y resolver sobre excusas y objeciones a la participación oficial en determinadas circunstancias.

Los abogados deben abstenerse de usar lenguaje impropio. Lo anterior se infiere de los Artículos 41 a 43 del Código de la Barra Mexicana. La Regla 38 del Código Interamericano recomienda que los miembros más antiguos de la Barra presten dirección, guía y consejo desinteresado a los miembros más jóvenes de una manera amplia y eficaz a los miembros más jóvenes, aunque agrega que la negativa a actuar en esa forma constituye una "grave falta de camaradería". Un abogado que solicite consejo o cooperación de un colega extranjero en determinado caso es el responsable de los honorarios correspondientes.⁷¹ Por otra parte, referir a un cliente a un abogado extranjero sin más no crea responsabilidad por los honorarios de este último, pero tampoco permite participar de tal remuneración.

Los acuerdos entre abogados deben ser cumplidos estrictamente, sean orales o escritos.

De acuerdo con el Código de la Barra Mexicana, los abogados pueden asociarse abiertamente en el ejercicio profesional con otros abogados, siempre que sigan las reglas legales y de la Barra. Una firma colectiva puede ser establecida sólo por miembros de la misma Barra. Si pertenece a un despacho colectivo, un abogado no debe proseguir su práctica privada. No se considerará un despacho colectivo aquél formado por la presencia simultánea de asistentes y/o pasantes, como tampoco lo será si el despacho sólo incluye ascendientes, descendientes, hermanos o hermanas del abogado principal. La publicidad dada a estos despachos no debe dar lugar a confusiones y será claramente puesto en conocimiento de los clientes. Los despachos colectivos deben registrarse en la Barra correspondiente y requiere la aprobación de ésta a su organización y reglamentación internas.

Cualquier contacto de un abogado con una parte que sabe está representada por otro profesional es impropia. Todos los acuerdos y compromisos deben ser alcanzados con el acuerdo del abogado de la

parte contraria. El abogado puede entrevistarse libremente con la parte contraria, procurando la presencia del respectivo abogado y sin tratar en manera alguna de inducir a aquélla a desviarse de la verdad.

Un abogado debe procurar el acuerdo del anterior abogado de su cliente antes de aceptar su representación. Los abogados no deben tomar acción alguna para desplazar o reemplazar otros colegas en cualquier posición profesional.

Normalmente, el abogado principal debe aceptar sin resentimiento la sugerencia del cliente de contratar un segundo abogado; si el abogado original objeta la sugerencia, sin embargo, el segundo debe abstenerse de intervenir. Corresponde a los clientes resolver las cuestiones pendientes de naturaleza fundamental entre sus abogados colocados en situación de competencia. Aun así, la cooperación sugerida debe seguirse hasta que la cooperación es impedida por alguno de los abogados, quien deberá abandonar la representación.

Los abogados tienen el deber imperativo de contribuir personalmente al mayor éxito de los propósitos colectivos de la Barra a que pertenezcan. Sólo causas justificadas les permitirán negarse a las comisiones y encargos que les haga la mencionada institución. Los abogados deben conceder especial consideración y respeto a los directivos y a todos los miembros de la Barra en sus respectivas áreas de influencia. En todo caso, cualquier queja, petición o recurso a la Barra deberán presentarse considerada y respetuosamente. Los abogados deben permanecer siempre al corriente de sus pagos y descargar todas sus contribuciones económicas tales como impuestos, cuotas cooperativas o cualesquiera otras a que esté sujeta la profesión. El Código de la Barra Mexicana, en los artículos citados en la página precedente, según Campillo, justifica las anteriores consideraciones y agrega que los abogados deben actuar "caballeramente" hacia sus colegas y facilitarles la solución de inconvenientes momentáneos no imputables a ellos, tales como la imposibilidad de prestar sus servicios debido a ausencia, duelo, enfermedad o fuerza mayor.⁷²

Lunds agrega a la lista de lo que él llama violaciones al honor y dignidad de la profesión y a la obligación de tratar honorable, franca y justamente con todos los colegas⁷³ aquellas impropiedades obvias que incluirían presentarse ante los tribunales en estado de intoxicación.

⁷² CAMPILLO, *supra* nota 26, pp. 39-40. Nótese que, según Lunds, *supra* nota 27, p. 11, en 1970 existían por lo menos dos Barras mexicanas distintas reconocidas oficialmente. Además, existe una Barra "democrática" que algunos consideran radical.

⁷³ LUNDS, *supra* nota 27, pp. 28-30.

⁷¹ MARTÍNEZ, *supra* nota 29.

ción, atraer clientela por medios injustos, aceptar trabajos mediante solicitud directa, publicar anuncios violatorios de las reglamentaciones nacionales o internacionales y escribir cartas abusivas, ofensivas o totalmente infundadas.

c) *Como funcionarios públicos.* Lunds habla de un deber del abogado hacia el público del que no se ocupan otros autores.⁷⁴ Tal deber incluiría el proporcionar un servicio legal que inspire respeto y confianza en el público. Un abogado violaría esta disposición al provocar litigios innecesarios; seguir procedimientos diferentes a los expresamente solicitados por su cliente, como agentes de otros abogados o a solicitud de otras personas o cuerpos; pretender la capacidad de influir una decisión o recibir tratamiento preferencial; no ejercer supervisión y control adecuado de su personal de oficina; permitir el uso del nombre de su despacho a personas no autorizadas legalmente para la práctica legal; y relegar deberes que sólo pueden cumplirse por abogados a otras personas que no pertenezcan a su personal de auxilio.

El Estado de Guanajuato adoptó recientemente una Ley Orgánica del Ministerio Público como una respuesta al aumento de delitos cometidos por los fiscales a nivel estatal (y federal). Según esta Ley, los agentes del Ministerio Público y los Procuradores deben apoyarse en su Policía Judicial estatal para auxiliarlos en su investigación y arrestar delincuentes sospechosos, pero sin cometer en ello abusos. Ninguno de los funcionarios mencionados debe dedicarse a la práctica privada de la profesión.

El Estado de Guanajuato cuenta también con una Ley de Notarios.⁷⁵ Estos funcionarios públicos, investidos con poderes considerablemente mayores que sus contrapartes norteamericanas debe ser, entre otras cosas, mayores de edad y tener títulos de abogados y especialidad de notaría (cursado actualmente durante un año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato).

De acuerdo con el Artículo 6 del Código de la Barra Mexicana,⁷⁶ los funcionarios públicos (incluyendo, presumiblemente, a los abogados), deberán excusarse de casos concretos en que se vieran obligados a sostener tesis contrarias a las propias, sea ésta religiosa o política. En tales casos, deberán expresar sus razones a sus superiores jerárquicos y si éstos no las aceptan, los funcionarios disidentes de-

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 30-31.

⁷⁵ PERIÓDICO OFICIAL, núm. 3, 8 de enero de 1959.

⁷⁶ CAMPILLO, *supra* nota 26, pp. 40-41.

berán insistir en su abstención con buenas razones, manteniendo así la independencia de los abogados, aun si tienen que llegar a la renuncia de sus puestos.

La Regla 45 del Código de la Barra Mexicana,⁷⁷ requiere que los acuerdos firmados por los abogados en su capacidad profesional sean cumplidos estrictamente, aun cuando no de acuerdo con las formalidades legales estrictas...

El Código Interamericano prohíbe a los abogados el aconsejar o aceptar la representación de una causa opuesta a la validez de una ley o reglamento en la que hayan intervenido profesionalmente, como se menciona arriba en otro contexto.⁷⁸

17. Honorarios

a) *En general.* La Asociación de la Barra Internacional prohíbe como una violación de los deberes de los abogados hacia su profesión en la Regla 5 el compartir sus remuneraciones con no abogados.⁷⁹ Tampoco debe dejar de cubrir a nombre de sus clientes cuentas pendientes con otros servicios que se les hayan rendido.

Campillo señala,⁸⁰ que, genéricamente, los códigos éticos disponen que los abogados no deben constituir la retribución monetaria como su primer propósito en el ejercicio de su profesión, sino que más bien sus actividades deben ser dirigidas a la cooperación en la aplicación del derecho y el triunfo de la justicia. Los honorarios no deben ser excesivos o insuficientes, ambas características contrarias a la dignidad profesional.

Los criterios sugeridos por este autor para fijar la cantidad correcta de honorarios incluyen la importancia de los servicios otorgados; la importancia del asunto litigado; el éxito e impacto obtenidos; la novedad y dificultad de lo debatido; la experiencia, reputación y especialización del abogado; los medios económicos de los clientes, donde la pobreza del cliente exigiría menos cargos o ninguno; si los servicios profesionales son aislados, fijos o constantes; la responsabilidad inherente en la representación determinada; el grado de participación directa del abogado en el estudio y presentación del caso; si el abogado sólo actuó como representante o también ejerció funciones de agente; y la posibilidad de que esa representación le haya impe-

⁷⁷ GUERRERO, *Apéndices*, *supra* nota 25, p. 72.

⁷⁸ MARTÍNEZ, *supra* nota 25, p. 72.

⁷⁹ LUNDS, *supra* nota 27, pp. 28-30.

⁸⁰ CAMPILLO, *supra* nota 26, pp. 36-41.

dido al abogado participar en otros litigios o le cause dificultades en sus relaciones con otros clientes o terceras partes. Regla 35 del Código de la Barra Mexicana. Por su parte, la Asociación de la Barra Internacional considera que es una violación de la integridad de un abogado el que éste cargue al cliente honorarios o gastos injustificados, excesivos, cuasifraudulentos o deshonestos. Regla 7.⁸¹ La Barra Interamericana agrega⁸² que es contrario a la ética el cargar honorarios menores a los establecidos en las normas respectivas o tarifas (el Estado de Guanajuato adoptó,⁸³ unas tarifas semejantes, patentemente insuficientes el día de hoy y se encuentra corrientemente puesto a debate su actualización); que los abogados deberán evitar, tanto como sea compatible con su dignidad y derecho a recibir remuneraciones justas, las presiones o controversias con sus clientes sobre honorarios y la acción judicial para obtener el pago de honorarios sólo es recomendable para evitar injusticia, dilación exagerada o fraude y ejercerse a través de la representación de un tercer abogado; en todo caso, debe proponerse el arbitraje de la Barra. También de acuerdo con la Regla 34, es incorrecto que los abogados se pongan de acuerdo para que éstos cubran los gastos del juicio, aunque pueden efectuarse adelantos sujetos a retribución. Generalmente, de acuerdo con la Regla 35, los abogados deben ser puntuales y diligentes en extremo en asuntos pecuniarios. No deben mezclar sus propios fondos con los de los clientes y estar preparados en cualquier momento a regresar fondos retenidos a nombre de otros. Los dineros recibidos a nombre del cliente no deben retenerse por más tiempo que el estrictamente necesario.

b) Pactos de *cuota litis*. De acuerdo con la Regla 36 del Código de la Barra Mexicana,⁸⁴ este tipo de acuerdo sólo es aceptable si se celebra bajo bases equitativas, tomando en cuenta la posibilidad de no percibir honorarios y sujetos a las siguientes reglas: la participación del abogado nunca deberá ser mayor que la del cliente; el abogado se reservará el derecho de separarse del caso y el cliente el de encomendar su asunto a otro abogado; si el veredicto es favorable, el abogado podrá cobrar una cantidad proporcional por sus servicios; si el caso se pierde, el abogado podrá aun cobrar las tarifas acostumbradas que el cliente incurrió hasta el momento de retirarle la representación sin justificación. También en caso de que el asunto

⁸¹ LUNDS, *supra* nota 27, pp. 20-24.

⁸² MARTÍNEZ, *supra* nota 29, pp. 1306-1311.

⁸³ PERIÓDICO OFICIAL, núm. 20, 8 de marzo de 1953.

⁸⁴ GUERRERO, *Apéndices*, *supra* nota 25, p. 70.

se pierda, el abogado no cobrará honorarios, a menos que se trate de una cantidad razonada acordada previamente con el cliente para gastos. Bajo la Regla 48 del mismo ordenamiento, sólo se permite compartir los honorarios con otros abogados cuando haya habido colaboración real y efectiva entre ellos. La Barra Interamericana va más lejos⁸⁵ al considerar los pactos de *cuota litis* como "inmorales" si no guardan una relación estrecha con los servicios ofrecidos o si implican una adición injusta sobre las tarifas ordinarias; esos pactos serían gravemente ilícitos si el abogado se aprovechó del estado de necesidad del cliente. De acuerdo con esta Regla 36, generalmente tales acuerdos son una forma de pago "menos que dignos". Aun así, la regla los acepta, en condiciones semejantes a las detalladas arriba para el caso de la Barra Mexicana.

La Regla 12 del Código de la Barra Interamericana declara que los abogados no deben incrementar sus asuntos ofreciendo descuentos, comisiones o medios semejantes (¿lo que podría incluir el tipo de acuerdos discutidos arriba?)⁸⁶

18. Conflictos de intereses

Aquí encontramos nuevamente una amplia categoría de posibles violaciones éticas que pudieran exceder los términos estrictos del apartado. Las Reglas 5, 6 y 8 del Código de la Barra Internacional consideran violaciones de la integridad del abogado el apropiarse o gastar deshonestamente los fondos del cliente; desviar fondos sin consentimiento del cliente; y no informar al cliente de cualquier interés personal en sus transacciones que pudiera tener el abogado en cuestión, respectivamente.⁸⁷ Este Código también encuentra violaciones éticas a que el abogado adquiera cualquier interés financiero en la acción de su cliente, a menos que sea parte por propio derecho; tampoco deberá mezclar sus asuntos bancarios con los del cliente; llevar cuentas poco claras o confusas de su dinero en relación con el del cliente e innecesariamente y sin conocimiento del cliente retener los fondos de éste. La Regla 30 del Código de la Barra Mexicana⁸⁸ aparentemente aprobaría la mayoría de las situaciones descritas arriba, siempre que el cliente sea informado de la situación /lo que podría quedarse corto en la protección completa de tales clientes. La Regla

⁸⁵ MARTÍNEZ, *supra* nota 29, pp. 1306-1311.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ LUNDS, *supra* nota 27, pp. BJ-BD.

⁸⁸ GUERRERO, *Apéndices*, *supra* nota 25, pp. 67-68.

4 de los principios generales éticos del Código de la Barra Interamericana define la falta de interés del abogado como la seguridad de que las ganancias pecuniarias nunca sean las causas determinantes de sus actos.⁸⁹ A mayor abundamiento, la Regla 18 del mismo Código considera recomendable que los abogados eviten lo más posible aceptar mandatos no relacionados con su profesión, depósitos de fondos y administración, y en general tales actividades como puedan llevar a responsabilidades y demandas de rendición de cuentas. Los abogados deberán mostrar especial precaución a fin de evitar que sus actividades o expresiones pudieran interpretarse como búsqueda de influencias o situaciones de excepción. Según el Artículo 342 del Código Penal, los abogados no deben adquirir intereses financieros en los asuntos en los que hayan intervenido directamente o los cuales haya dirigido. Tampoco deberán, directa o indirectamente, adquirir bienes en los litigios pendientes en los tribunales frente a los cuales litigan. Curiosamente, el Código dice que "lo anterior debe ser entendido fuera del pacto de *cuota litis*", donde sea reconocido por la ley y por la Barra.

El Artículo 157 del Código Penal de Guanajuato, párrafo segundo,⁹⁰ establece una pena de tres meses a tres años, una multa (totalmente inadecuada) de cincuenta a cincuenta mil pesos, la suspensión de un mes a dos años de práctica, y la remoción definitiva de los abogados reincidentes que "representen a dos o más partes con intereses opuestos en los mismos o en casos conexos, o bien acepten una representación después de la otra".

19. *Despachos en sociedad*

Aunque ya se han hecho algunas reflexiones sobre representaciones colectivas arriba, conviene agregar que bajo el Artículo 24 del Código de la Barra Mexicana, la existencia de una "sociedad" o "colaboración profesional" entre abogados es una excepción a la prohibición de prestar el nombre o la identificación profesional de los abogados a alguien no autorizado a practicar la profesión. La Regla 49 del código citado advierte a los abogados en contra de entrar en asociación profesional con el propósito ostensible o implícito de beneficiarse indebidamente de su influencia para aumentar el número de sus casos. Se proporcionan instrucciones sobre cómo nombrar tales

⁸⁹ MARTÍNEZ, *supra* nota 29, pp. 1299-1306.

⁹⁰ PERIÓDICO OFICIAL, núm. 36, 4 de mayo de 1978.

asociaciones, y se señala que donde un socio comparte una posición oficial incompatible, debe renunciar a su participación en la sociedad y su nombre debe cesar de aparecer.

20. *Competencia*

Este término se usa en el sentido de capacidad o carácter experto en las materias de la representación. En términos amplios, la Regla 21 del Código Argentino recomienda que los abogados no acepten más asuntos de los que puedan atender con facilidad, porque ni el trabajo excesivo ni la relativa importancia del negocio o consideración diferente alguna deben excusar la negligencia, tardanza o abandono de las causas.⁹¹ En este sentido, la Regla 26 del Código de la Barra Mexicana establece que las relaciones del abogado con sus clientes debe ser personal y su responsabilidad directa; por lo tanto, no debe permitirse la presencia de agentes entre unos y otros.⁹² Por razones similares, el segundo párrafo de la Regla 15 del Código Interamericano,⁹³ establece que los abogados no pueden culpar a otros de sus errores o a los clientes ilícitos provocados por ellos mismos. Los abogados deben adelantarse a admitir su negligencia o su comportamiento inexcusable, estando listos a indemnificar a los clientes a quienes hayan causado daños.

El Artículo 1720 del Código del Estado de Yucatán establece que quien quiera que rinda servicios profesionales a otra persona es responsable civilmente (sin merma de la prosecución por un posible delito penal) por negligencia, incompetencia, o dolo.⁹⁴

21. *Honestidad*

El segundo párrafo del segundo principio general de ética profesional del Código Interamericano considera que la honestidad esperada de los abogados es no sólo de tipo pecuniario, sino que también involucra la lealtad personal, la verdad y la buena fe. Los abogados no deben sugerir acto fraudulento alguno, formular declaraciones o negociaciones inexactas; citar de manera tendenciosa, aproximada o inexacta; retener documentos indebidamente; o retrasar la devolución de expedientes, según el propio Martínez. Además, los abogados de-

⁹¹ GUERRERO, *supra* nota 25.

⁹² *Id.*, Apéndices, p. 67.

⁹³ Yucatán, *supra* nota 30.

⁹⁴ MARTÍNEZ, *supra* nota 29, pp. 1299-1316.

ben garantizar su conducta bajo principios de verdad y buena fe. No deben aconsejar actos fraudulentos en manera alguna desorientar a sus clientes.

El Código de la Barra Internacional agrega en esta materia que los abogados no deben exponer un hecho sustantivo a una persona sin representación; deshonrar un acuerdo escrito propio de su despacho; o invocar hechos o leyes sabidamente abrogados o superados.

22. Propaganda

De acuerdo con Guerrero,⁹⁵ la Regla 8 de las Normas Éticas Argentinas, indican que es indecoroso obtener clientes a través de agentes, la práctica de compartir remuneraciones, o cualquier otro tipo de asociación no reconocida.

Bajo el Artículo 13 del Código de la Barra Mexicana, la progresión decorosa de la clientela debe basarse en competencia y honestidad profesionales reputables, absteniéndose de la solicitación directa o indirecta de clientes a través de la publicidad o de acciones excesivas o sospechosas. El Artículo considera objetable la diseminación de tarjetas a menos que sólo muestren el nombre, la dirección y la especialidad y su inclusión en revistas especializadas o directorios. Por otra parte, es contrario a la ética profesional el solicitar asuntos a través de anuncios, circulares o entrevistas no basadas en relaciones personales previas. La dignidad tradicional de la profesión, de acuerdo con este artículo, se ve minada por cualquier publicidad incitada por el abogado, directa o indirectamente, para propósitos de ganancia o autoelogio.

23. Lealtad

En términos generales, el Artículo 1 del Código de la Barra Mexicana establece que el abogado debe siempre recordar que es un sirviente leal de la ley y un asistente de la justicia; la esencia de su deber profesional es la defensa diligente y con apego estricto a normas morales de los derechos de su cliente. Esto inspira a Guerrero a escribir que el abogado sólo puede defender asuntos perfectamente "limpios", enteramente acordes con su conciencia. La Regla 22 del Código de la Barra Interamericana,⁹⁶ declara que la lealtad al cliente

⁹⁵ GUERRERO, *supra* nota 25.

⁹⁶ MARTÍNEZ, *supra* nota 29.

determina que el abogado siempre debe dar su opinión franca al cliente, afluyente o indigente y que después de que una representación es aceptada y aun antes de iniciar el juicio, los abogados no pueden aceptar la representación de la parte contraria.

El Artículo 1664 del Código de Yucatán ordena que cuando el mandante y el mandatario han actuado de "mala fe"⁹⁷ ninguno de ellos tendrá una causa de acción contra el otro. El diccionario jurídico clásico de Escriche define mala fe como un procedimiento en donde la sinceridad está ausente y prevalece la malicia.

24. Obligación de buscar un arreglo amistoso

En los términos de la Regla 26 del Código de la Barra Interamericana,⁹⁸ los abogados tienen la obligación de esforzarse por alcanzar soluciones por medios extrajudiciales, antes de iniciar procedimientos de litigio. La Barra Internacional considera una violación del deber al cliente el que el abogado decline un compromiso justo fuera de los tribunales en vez de iniciar procedimientos judiciales.⁹⁹

25. Moralidad fraudulenta

El Código de la Barra Internacional considera una violación de la cualidad esencial de la integridad de los abogados el ser convictos de delitos morales fraudulentos (ofensas personalmente aberrantes), como la deshonestidad, la falta de franqueza y el honor. Tales actitudes podrían incluir, de acuerdo con la regla 10, el asistir, permitir o auxiliar actos fraudulentos, deshonestos o ilegales en perjuicio de sus clientes; o aceptar sin poner en conocimiento del cliente u ocultárselo comisiones o pagos económicos de terceras partes.¹⁰⁰ (Ver Regla 23).

El mismo autor lleva el argumento un paso más adelante y sostiene que el abogado sólo puede aceptar la representación de un cliente que sea honesto y portador de una causa honesta.

⁹⁷ Yucatán, *supra* nota 30.

⁹⁸ MARTÍNEZ, *supra* nota 29.

⁹⁹ LUNDS, *supra* nota 27.

¹⁰⁰ GUERRERO, *supra* nota 25.

IV. APÉNDICE: LOS ABOGADOS MEXICANOS COMO DIRIGENTES

En su interesante estudio, Roderick C. Camp señala que en México las cátedras universitarias pueden usarse para ganar influencia pública y son (a diferencia de las posiciones en el mundo de los negocios) intercambiables con altos puestos administrativos. El Presidente de la República encabeza un proceso masivo de cooptación de disidentes potenciales. La dirigencia política pone mayor énfasis en capacidades interpersonales, de pequeños grupos, a cualidades políticas masivas. La mayoría de los dirigentes políticos han venido de un ambiente de educación pública (una observación posiblemente ya no válida).

En el momento de escribir, Camp podría sostener que el derecho era todavía la primera elección de la abrumadora mayoría de las figuras públicas con éxito especialmente entre la "familia revolucionaria". Esto ha cambiado, por lo menos desde 1982, a favor de los tecnócratas tales como los economistas. Sin embargo, todavía puede ser cierto que la educación sirve como prerrequisito para una carrera política con éxito en el caso de la mayoría de los políticos mexicanos.

Camp señala correctamente que en su largo detentar del poder político, la tradición legal asociada como la burocracia como apoyo principal del sistema, ha favorecido la carrera política de los abogados.

V. BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica jurídica*. México: Porrúa, 1979, 503 pp.
- CAMPILLO SÁINZ, José, *Dignidad del abogado: algunas consideraciones sobre ética profesional*. México: /Generación 1967-1971, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México/, /1988/, 52 p.
- GUERRERO L., Euquerio, *Algunas consideraciones de ética profesional*. México: Porrúa, 1982, 52 pp.
- KRAUZE, Enrique, *Lázaro Cárdenas, el general misionero*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987, 221 pp. Serie Biografía del Poder, núm. 8.
- LUNDS, Sir Thomas, *Professional Ethics: International Bar Association, Book II*. Nueva York: International Bar Association, 1970, 51 p.

- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*. 5a. ed. México: Porrúa, 1971, vol. IV.
- MANCISIDOR, José, *Historia de la revolución mexicana*.

II. PUBLICACIONES PERIÓDICAS

- ARCE GURZA, Francisco, "El inicio de una nueva era, 1910-1945", en *Historia de las profesiones en México*. México: Secretaría de Educación Pública/Colegio de México, pp. 225-361.
- MARTÍNEZ VAL, José María, "Proyecto de código de ética profesional de la abogacía iberoamericana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie, año XVII, núm. 51 (septiembre-diciembre, 1984), 1298-1318.
- OSSORIO, Ángel, "Postulados del Abogado", en *Enciclopedia Jurídica*, vol. 2.
- COUTURE, Eduardo J., "Los mandamientos del abogado", en E. Guerrero, *Algunas consideraciones... Apéndices*.
- SILGUEIRA, J. Honorio, "Normas de ética profesional del abogado", *id.*
- CORREA, Guillermo y CORRO, Salvador, "El gobierno, fabricante de profesionales para el desempleo", en *Proceso*, 26 de agosto, 14-18.
- Tiempos de México*, México: Secretaría de Educación Pública.

III. LEGISLACIÓN

- Argentina: *Diario Oficial*, 17 de junio de 1957; 10 de abril de 1967, y 27 de septiembre de 1967.
- México (Distrito Federal), Código penal para el... Jalapa, *Diario Oficial*, vol. LIX, núm. 78, 29 de junio de 1948.
- Diario Oficial*, núm. 77, 24 de septiembre de 1985.
- México (Guanajuato), *Código penal*. Guanajuato: *Periódico Oficial*, 4 de mayo de 1978.
- Ley para defensores de pobres en materia civil*. *Id.* núm. 7, 25 de enero de 1923.
- Ley orgánica de la defensoría de oficio en materia penal*. *Id.*, núm. 57, 2a. parte, 18 de julio de 1986.
- Ley del notariado*. *Id.*, núm. 3, 8 de enero de 1959.
- Ley arancelaria para el cobro de honorarios de abogados y notarios*. *Id.*, núm. 20, 8 de marzo de 1953.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique y Cuauhtémoc OJEDA RODRÍGUEZ, *Nuevo código penal comentado*.

Guatemala, *Diario Oficial*, vol. 189, núm. 85, 2 de noviembre de 1970.
México (Jalisco), *El Estado de Jalisco*, tomo CCLIV, núm. 29, 13 de agosto de 1974, pp. 491-497.

Panamá, *Diario Oficial*, 29 de enero de 1963.

Paraguay, *Diario Oficial*, 18 de junio de 1956.

Perú, *Leyes del...*

México (Veracruz), *Ley orgánica judicial del Estado de...* Jalapa, *Diario Oficial*, vol. LIX, núm. 78, 29 de junio de 1948.

México (Yucatán), *Código civil*. Mérida: Universidad Nacional del Sureste, 1937, pp. 188 y siguientes.

LOS PRINCIPIOS DOCTRINALES DEL DERECHO *

Miguel VILLORO TORANZO

*Apud Te rerum omnium instabilium stant
causae et rerum omnium mutabilium immuta-
biles manent origines* (San Agustín, *Confesio-
nes*, 1,6,9).

Recordemos brevemente al *Burgués gentilhomme* de Molière. Se extrañaba que podía hablar en prosa sin haberlo aprendido. Algo parecido nos acontece respecto de los principios generales no sólo del Derecho sino también de la Moral: los utilizamos continuamente sin reflexionar de dónde los hemos sacado ni preguntarnos sobre la solidez de los fundamentos en que descansan. Puesto que este *III Congreso de Historia del Medio Milenio* tiene como tema central el espíritu de la ley a lo largo de la historia, no está de más que reflexionemos sobre el origen y los fundamentos de los principios generales del Derecho, puesto que son los que constituyen el alma de todo sistema jurídico.

Si nos atenemos a lo que nos informa la Historia del Derecho, podemos distinguir varias fases en el desarrollo de los principios del Derecho. En la etapa más primitiva de todo sistema de Derecho, cada caso recibe un tratamiento singular. Es lo que Max Weber (1864-1920), siguiendo a R. Schmidt, llamó "justicia del Cadi". Cada caso es valorado conforme a justicia atendiendo a las personas que intervienen en el caso, personas que se supone conocidas si no por el juez por lo menos por los testigos presentes en el juicio; la sentencia se da sin referencia a la semejanza que el caso presente puede tener con casos anteriores.

Pronto se dieron cuenta los jueces de la semejanza y hasta igualdad entre algunos casos y de que tal igualdad exige soluciones iguales. Nacen así los "precedentes judiciales", es decir, soluciones dadas a casos anteriores que ya sea por igualdad o por analogía deben orientar

* Conferencia pronunciada en el Tercer Congreso de Historia del Medio Milenio en América, celebrado en Querétaro, los días 27 al 29 de octubre de 1989, organizado por FUNDICE.

las soluciones del presente. Esta es la razón por la cual, en la jurisprudencia anglosajona, hay que seguir las decisiones o precedentes judiciales, según el principio *stare decisis* (hay que acatar las soluciones dadas con anterioridad). Lo importante, entonces, es detectar en cada caso lo que los mismos juristas anglosajones llaman la *ratio decidendi*, es decir, el principio jurídico sobre el cual descansa la decisión concreta del juez; esa es la única parte de la sentencia que tiene fuerza obligatoria para los casos futuros. Se puede decir que entonces el principio general de Derecho merece el calificativo de "doctrinal", al cual hace referencia el título de mi plática. La *ratio decidendi* afianza un principio de doctrina; fija un comienzo de regla que en el futuro deberá ser estudiada para servir de indicador a posteriores conductas.

Una tercera etapa, ya más evolucionada, se caracteriza por el formalismo antiguo, que tan bien ha sido examinado en los orígenes del Derecho Romano. Se exigen formas externas siempre iguales hasta la minuciosidad para obtener efectos jurídicos iguales. Aparecen así las instituciones jurídicas, cada una de ellas regulada siempre por los mismos principios y produciendo los mismos resultados. Esto supone, por una parte, algún ordenamiento teórico de las materias jurídicas, alguna especie de clasificación abstracta de los fenómenos jurídicos, y, por otra, cierta educación jurídica en los particulares, que tienen que seleccionar con precisión la forma adecuada a los efectos jurídicos que se proponen obtener. No existe todavía la abstracción de los principios perfeccionada en teorías. Rudolf von Ihering (1812-1892) lo explicaba así: "El formalismo es una fase necesaria del espíritu. Aprisionado éste en los lazos del pensamiento adquirido por los sentidos, el alma para manifestarse acude a expresiones sensibles, imágenes del lenguaje, personificaciones, símbolos de sus ideas, y emplea el acto para hacer sensibles plásticamente sus sentimientos, mandatos, aspiraciones. Y como esta forma de expresión le es natural y necesaria, la realiza de un modo que ni el arte ni la reflexión de una época más abstracta pueden igualar" (Según la *Abreviatura de "El Espíritu del Derecho Romano"* de Fernando Vela, pp. 297 y ss.).

Ya sabemos que el Derecho Romano se sirvió de las formas más diversas: un terrón de tierra tiene el lugar del fundo que se reivindica, la lanza simboliza el derecho de propiedad, quien pronuncia la palabra *spondeo* significa que compromete su voluntad en los términos propuestos. Hoy las formas, formalismos o solemnidades serán otras pero tienen el mismo sentido: señalar con precisión los alcances jurídicos de una situación o de un acto. El "sí" que pronuncian los novios ante un

juez transforma su situación de solteros en la de casados, con todos los derechos y deberes que se seguirán de la nueva situación; las palabras "voto aprobatorio" son necesarias para que la carta de un revisor de tesis tenga valor de visto bueno; si el documento no tiene "la mención de *ser letra de cambio* inserta en él" será cualquier cosa menos una letra de cambio (art. 76 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*). Un sistema formalista no suele mencionar los principios generales del Derecho, pero éstos están presentes tras las formas fijas y exteriores; éstas son la corteza protectora, visible a todos, que mantiene con vida a los principios.

Una cuarta etapa aparece cuando se desarrolla suficientemente el poder de la abstracción tanto en los juristas como en la generalidad de los súbditos. Aumenta el número e importancia de los actos sin forma, en tanto que los actos formales antiguos se van extinguiendo gradualmente, porque las formas ya no son necesarias para aclarar las situaciones. Se descubre que varias formas antiguas pueden ser cubiertas con la misma idea; por ejemplo, la idea de contrato y los principios generales que la animan van a cubrir varias formas contractuales. Se comprende que las diversas formas de posesión, de prescripción y de enajenación tienen que dar un trato diferente a los bienes según sean muebles o inmuebles, y aparecen los conceptos de *res mobiles* y *res soli*. Un mundo nuevo de ideas abstractas viene a reemplazar la multitud de formas concretas que hasta entonces parecían inconvencionales. Nace la "doctrina" como instrumento indispensable en el conocimiento, interpretación y aplicación del Derecho.

Esta cuarta etapa que venimos describiendo y que es en la que se sitúa nuestro sistema de Derecho supone, respecto de las etapas anteriores, un desarrollo notable de los poderes de la abstracción mental, pero no necesariamente es mejor. Cada pueblo y cada cultura tiene que encontrar las estructuras en que se plasmará con mayor facilidad su espíritu. Si el espíritu del pueblo tiende a lo concreto, como fue el caso del pueblo romano, la tercera etapa le será más idónea. En cambio, la cultura contemporánea, por estar moldeada por las ciencias modernas, se siente inclinada a buscar lo general abstracto que unifica lo múltiple concreto. Por supuesto, nuestro sistema jurídico es deudor de los sistemas jurídicos avanzados europeos y no tiene empacho en imitarlos, sin preocuparse por lograr una especificación propia. Pero no hay duda que por lo menos determinados sectores educados de la población, entre los cuales se encuentran los juristas, vivimos esta cuarta etapa. Las ideas abstractas nos son familiares y no titubeamos en preguntarnos qué

son los principios doctrinales del Derecho, una pregunta que parecería bastante extraña a los juristas romanos.

Creo que vale la pena insistir en esto último que acabamos de decir. La cultura occidental, desde el Renacimiento hasta nuestros días, a medida que se va enriqueciendo con los avances de las ciencias, va adquiriendo cada vez más un sello racionalista. Todo lo queremos reducir a ideas. Nos negamos a aceptar lo que no podemos traducir en razones y acabamos convencidos que la verdad tiene su sede en los sistemas coherentes que con tanto trabajo hemos elaborado. Antes se pensaba que la verdad era una conformidad entre el conocimiento intelectual y la realidad (*adaequatio intellectus et rei*); hoy se tiende a situarla toda ella del lado de la inteligencia, con mayor motivo si nos llega revestida de una fórmula matemática. Y esto que es un rasgo general de nuestra cultura, se aplica a los principios del Derecho. Los antiguos los vivían y los aplicaban; hoy nos complacemos en formularlos y declamarlos y nos sentimos muy orgullosos si logramos plasmarlos en alguna "declaración de principios" o "declaración de los derechos humanos". La fascinación por las ideas abstractas llega a excesos abominables cuando se sacrifica a millones de hombres en el altar de la idea de la patria o se envían al Gulag a personas simplemente porque ostentan el rótulo de "burgués" o el de "kulac". Por eso, al reflexionar sobre los principios "doctrinales" del Derecho, debemos proceder a sabiendas que su realidad ontológica, es decir, aquella esencia última por la cual cobran pleno sentido, no deberá ser ubicada en el mundo de las abstracciones, por muy necesarias que éstas sean para podernos entender, sino en el plano de las exigencias reales de justicia".

El hecho es que únicamente cuando madura esta cuarta y última etapa, ya en pleno siglo XX, se plantean una serie de preguntas teóricas sobre los principios doctrinales del Derecho que no se les habían ocurrido a los tratadistas de épocas anteriores. El padre Héctor González Uribe (1918-1988), en el "prólogo" que escribió para la excelente obra del profesor de San Luis Potosí, doctor Sergio T. Azúa Reyes, titulada *Los principios generales del Derecho* (Porrúa, México, 1986), resumió esas preguntas de la manera siguiente: "¿Qué son los principios generales del Derecho? ¿Cuántos y cuáles son? ¿Cuál es su obligatoriedad en los casos concretos que se examinan? ¿Cómo y en qué medida deben aplicarse? ¿Se trata de principios eternos e inmutables o han cambiado a lo largo del tiempo? ¿Son los mismos para todos los sistemas jurídicos o varían según los pueblos y culturas? ¿Cuál es, en última instancia, su origen y fundamento?

Por supuesto, no pretendo en esta plática dar respuesta a todas estas preguntas. Sólo quiero destacar la preocupación teórica de nuestra cultura actual, para, a partir de ella, elaborar alguna reflexión que pudiera ser útil a los propósitos de este III Congreso de Historia del Medio Milenio y más en particular del primer objetivo que reza así: "Conocer cuál ha sido el espíritu de la ley a lo largo de la historia de México y su impacto en la sociedad".

En efecto, cuando España primero conquista y luego coloniza América, trae consigo la cultura renacentista que florecía ya en el continente europeo. En esa cultura venía incluida la preocupación racionalista por plasmar en fórmulas abstractas los principios doctrinales del Derecho, una preocupación tan absorbente que a veces hacía creer que el Derecho consiste más en ser un orden racional abstracto que en soluciones a los problemas de la realidad concreta. La escuela racionalista del Derecho natural (que se remonta a Hugo Grocio pero que florece en los siglos XVII y XVIII) va a explicitar esta tendencia. Lo negativo de esta actitud no consiste en el esfuerzo intelectual para entender, formular abstractamente y explicar los principios del Derecho; ese esfuerzo me parece muy constructivo. Lo negativo consiste en la brecha que se abre entre el mundo de la realidad y el mundo de las ideas abstractas y en acentuar tanto el valor de estas últimas que se llega hasta a olvidar que no son más que instrumentos al servicio de la realidad.

Al llegar a este punto de mi reflexión, yo creo que puedo aprovecharme de los excelentes trabajos presentados en el Primer Congreso Interamericano de Historia del Medio Milenio en América, celebrado hace tres años en Cocoyoc, Estado de Morelos, del cual el presente congreso viene a ser una prolongación. En efecto, allí se dijeron cosas que pueden iluminar el tema que vengo tratando. Desgraciadamente no conozco las ponencias presentadas en el Segundo Congreso. Limitaré, por lo tanto, mis referencias a las del Primer Congreso, mencionando a sus autores y no al título de las mismas. Así mi plática pretende ser una continuación en la sobresaliente labor emprendida por FUNDICE.

El doctor Miguel Manzur Kuri, inspirándose en Jacques Maritain (1882-1973), decía con todo acierto que el progreso de la conciencia moral se debe a dos factores: por una parte a la razón y demás inclinaciones de la naturaleza humana y por otra a las circunstancias de la realidad en que ésta se ve obligada a operar. Pues bien, los sistemas culturales de la Europa renacentista, incluyendo en ellos los principios doctrinales de la Moral y del Derecho, se enfrentaron a una nueva realidad por entonces totalmente insospechada, la de la existencia de un

nuevo continente con pobladores extraños, existencia que venía acompañada de acontecimientos que replanteaban bajo una luz nueva viejos problemas. El derecho de conquista, los derechos de los habitantes de las Indias Occidentales, la racionalidad de los indios y la misma naturaleza del hombre y de la sociedad, el trato que se deben entre sí las diversas naciones, son otras tantas cuestiones que parecen o exigen diferentes aplicaciones de los principios doctrinales tradicionales o requerir la invención de nuevos principios. La maestra Rosa María Noriega añadía a los problemas entonces replanteados los de "la configuración política que debería darse al nuevo territorio, el trato que se daría a los naturales, la licitud de reducir a los indios a la esclavitud o a los repartimientos, etcétera. Inquietudes que no se dan en la historia de las otras naciones europeas o al menos no con tanta sinceridad e insistencia".

La maestra Noriega destacó una gran verdad: ningún principio doctrinal de la Moral o del Derecho nos va a llegar descendido del cielo; se requiere un vigoroso impulso moral para hacerlo nacer. Mérito de la España de aquel tiempo, en el cual tuvo mucho que ver la reina Isabel la Católica —como acertadamente lo destacó la maestra Noriega— es el de haber planteado dichos problemas. En los siglos que siguieron y más en particular en el XIX, otras potencias europeas (Inglaterra, Francia, Holanda, Alemania, Bélgica) se dedicaron a repartirse el mundo sin esos escrúpulos morales y jurídicos. Pero —¡hay que reconocerlo!— el impulso moral vino sobre todo de la Iglesia católica. Antonio de Montesinos, Francisco de Vitoria, Alonso de la Veracruz, Vasco de Quiroga, son nombres que aparecen reiteradamente en los trabajos del Primer Congreso; ellos y sus hermanos de religión, especialmente dominicos, franciscanos y agustinos, configuraron la conciencia moral que, a la vez que condenaba desmanes e injusticias, impulsaba hacia la nueva reflexión y búsqueda de los principios doctrinales del Derecho. Por supuesto, la proyección principal de la conciencia moral no se dio en el plano de la teoría sino en el de la práctica y allí estaba unida con ese glorioso movimiento espiritual que es la evangelización de América. Los estudios del doctor Lino Gómez Cañedo, de monseñor Aureliano Tapia Méndez, del licenciado Nemesio Rodríguez Lois, de fray Santiago Rodríguez, del doctor Francisco Morales, del doctor Antonio Ibargüengoitia, así como los trabajos de índole más monográfica del doctor Agustín Basave Fernández del Valle, del doctor Guillermo Porras Muñoz, del doctor Alfonso Alcalá Alvarado, del doctor Ernesto de la Torre Villar y del doctor Alberto Catrurelli, documentan amplia-

mente el peso incontestable que tuvo la Iglesia católica en la educación moral de las personas involucradas en juzgar los acontecimientos del descubrimiento y de la conquista, así como en el despertar intelectual que se proyectó en una revaloración de los principios doctrinales del Derecho.

Hoy más que nunca debemos recordar que los principios generales tanto de la Moral como del Derecho, aunque son productos del esfuerzo razonador del ser humano, no tienen más razón de ser que la de servir de directrices para las conductas concretas de los seres humanos, los cuales no son inteligencias descarnadas sino seres complejos en los que tienen su peso los sentimientos, la intuición, las tendencias religiosas y muy en especial la magnitud del amor. En efecto, hay algo de amor gratuito en todo principio general tanto de la Moral como del Derecho; se estipula que algo "debe hacerse" en favor de alguien y en la exigencia de ese deber ya está presente algo de amor por el beneficiario. Las religiones han sido la fuerza más vigorosa en la promoción de los valores morales, porque entrañan todas ellas alguna dimensión del amor. Y, en cuanto al Cristianismo, puesto que se resume en el amor a Dios y a los semejantes, lleva él la potencialidad de fabulosos crecimientos no sólo en las realidades concretas humanas, sino también en el descubrimiento y enriquecimiento de los principios doctrinales del Derecho.

Un ejemplo patente de lo que venimos diciendo lo encontramos en la discusión de la guerra y de los derechos de la conquista que plantearon Francisco de Vitoria y Alonso de la Veracruz, temas reseñados respectivamente por los padres Santiago Rodríguez O. P. y Roberto Jaramillo Escutia O.S.A. (sobre Alonso de la Veracruz, no resistimos la tentación de recomendar también el libro de Antonio Gómez Robledo). Se dio un cambio radical en el modo de pensar. De la actitud medieval que aceptaba como natural el derecho de esclavizar al enemigo y de despojarle de todas sus posesiones se pasó al reconocimiento de los derechos del adversario, de la necesidad de causas justas para iniciar y proseguir un conflicto armado y de las restricciones en los derechos del vencedor. Nació así el Derecho Internacional Público con un conjunto de principios doctrinales que siguen siendo reconocidos como válidos hasta nuestros días.

Pero no todo fue constructivo en el encuentro de la cultura renacentista y las culturas indígenas de América. Como lo explica muy bien el doctor Julio César Vázquez-Mellado, la primera asumió sobre las segundas un juicio negativo: "las civilizaciones en cuestión eran

inferiores, incomparables a las culturas europeas, y se llegó al extremo de cuestionar si los pobladores de esos nuevos mundos eran también seres humanos con la misma naturaleza, calidad y esencia que los hombres que llevaron a cabo la conquista y colonización de las tierras recién descubiertas". Mucho tardarían en desaparecer (si es que han desaparecido) los prejuicios culturales que invariablemente se acompañan de prejuicios racistas. El hecho es que estos prejuicios mezclados con la actitud de compasión hacia quienes se considera más débiles e inferiores dan cuenta de la "política paternalista que se encuentra en toda la legislación indiana" (Vázquez-Mellado). La actitud de superioridad frente a las culturas indígenas lamentablemente debía perdurar varios siglos. Sólo hasta la segunda mitad de nuestro siglo XX se acepta oficialmente, a nivel de las relaciones internacionales, el valor y la riqueza de otras culturas que no sean la europea y se habla de "etnocentrismo", como de una actitud que debe ser evitada. En México hay que reconocerlo— tardamos mucho en apreciar las culturas precolombinas. Hoy afortunadamente la situación ha cambiado, como lo prueban los trabajos del licenciado Carlos Alvear Acevedo y del profesor Fernando Medina Ruiz. Pero no nos apresuremos a cantar victoria. Los prejuicios culturales y racistas no han desaparecido ni a nivel internacional ni siquiera a nivel nacional. Cuando menos se espera, renacen y florecen, porque van ligados a esa "Moral cerrada" de la que hablaba Henri Bergson (1859-1941), especie de moral que todos llevamos dentro.

En lo que respecta a nuestro tema, es evidente que la aceptación de principios doctrinales, sobre todo cuando implican nuevas responsabilidades, no se hace con facilidad; implica su lenta asimilación como vivencias morales durante el transcurso del tiempo. Así, aunque desde la Bula *Inter coetera* de 1493 se reconoce la racionalidad de los naturales y su aptitud para recibir la fe católica y desde la Bula *Sublimis Deus* de 1537 se proclama que los indios son verdaderamente hombres y no están privados ni deben serlo de su libertad, ni de sus bienes, ni ser reducidos a servidumbre", subsisten durante largo tiempo una minuciosa estructuración social en castas y situaciones reales de servidumbre económica. Desde la primera mitad del siglo XVI se aceptaban en el plano de la teoría principios doctrinales que, de ser llevados a la práctica, hubieran producido una sociedad mucho más igualitaria. Algo semejante acontece hoy en día: el principio de la justicia social es ampliamente aceptado en la teoría, pero dista mucho de ser vivido por todos y está muy lejos de ser implementado.

El hecho es que todos acudimos a principios generales ya sea para justificar nuestras conductas, ya para precisar las directrices que deben orientar nuestros actos. Subyace en esto un anhelo de aprisionar la transitoriedad de nuestras vidas bajo la sombra de lo eterno. El principio doctrinal, al ser incorporado a una acción, extiende sobre ella la solidez de lo que ya no cambia, de lo estable, de lo perpetuo. La necesidad de acudir a principios generales es en realidad una manifestación de que nuestra naturaleza humana no está hecha para lo pasajero y transitorio, sino para el Absoluto de la verdad y de la justicia. Por eso todo sistema jurídico se reclama de principios generales que desempeñan en él una doble función: la de justificar su existencia y la de dirigir su futuro.

¿Qué conclusiones podemos sacar de todo lo dicho que puedan servir de alguna recomendación para los tiempos presentes? Un medio milenio después de la gesta de Cristóbal Colón encuentra a los moradores de nuestro planeta Tierra en circunstancias muy diferentes. Dos fenómenos son muy notables. Uno es que parece como si la Tierra se hubiera empequeñecido. Hoy un avión recorre en pocas horas distancias que entonces se contaban en días. La información nos llega desde cualquier parte del planeta en segundos y somos capaces de presenciar, gracias a la televisión, lo que allí está aconteciendo. La rapidez en las comunicaciones es sólo la exteriorización de un acontecimiento de mayor trascendencia que se podría llamar la globalización o integración de las sociedades humanas. Ya no se puede vivir aislados. No nos referimos únicamente a las tendencias actuales hacia integraciones políticas y económicas regionales sino al hecho de que las influencias culturales y económicas desconocen fronteras. Querámoslo o no, la idea de Herbert Marshall McLuhan (1911-1980) de que vivimos en una "aldea global" en la que nos afectan los sucesos e ideas de todo el mundo parece confirmarse más y más cada día. Esto significa que los principios doctrinales del Derecho, para tener aceptación y eficacia, deben también globalizarse, para tener aceptación y eficacia, deben también globalizarse. Si no reciben el apoyo de movimientos que rebasan las fronteras nacionales, cada vez tendrán menor oportunidad de lograr vigencia. Por otra parte, si el principio doctrinal responde a genuinas necesidades y aspiraciones, logrará un impacto insospechado.

El otro fenómeno es el del crecimiento de la población. Todo se masifica, desde la cultura y la educación hasta los medios de transporte. El individuo humano parece sumergirse ante las oleadas huma-

nas. El anonimato, la soledad, el aislamiento en medio del bullicio y los grandes números, parecen ser rasgos de la vida social que han llegado para quedarse. Los principios morales se convierten cada vez más en asunto privado, mientras que los principios jurídicos, por ser imprescindibles para la vida social, se formalizan y se exigen en su dimensión externa, sin importar tanto cómo se viven en la interioridad de los espíritus. De allí la importancia de la educación. Sólo una educación moral sólida puede preparar a las nuevas generaciones a enfrentarse a una masificación de la Moral, la cual desemboca en la mediocridad y en el formalismo. Los grandes misioneros del siglo xvi son en ello, para nosotros, un gran ejemplo. Eran pocos y se enfrentaron a masas desconocidas y resentidas. Predicaron más con el ejemplo que con la palabra y lograron señalarnos rumbos que todavía tienen validez para nosotros. Los principios doctrinales que descubrieron y explicaron siguen en pie y, si los estudiamos cuidadosamente, nos pueden seguir sirviendo de inspiración para enfrentarnos a los problemas de nuestro tiempo.

LA INVERSIÓN EXTRANJERA
LA INVERSIÓN EXTRANJERA
PROMOCIÓN INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA: EL MIGA

Luis Miguel Díaz

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Qué países son parte del MIGA*. III. *La actualidad del MIGA*. IV. *Contexto económico y creación del MIGA*. V. *El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones*. 1. *El preámbulo*. 2. *Texto operativo*. VI. *Arranque lento*.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio pretende hacer una presentación del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA). Este organismo internacional persigue fomentar el flujo de inversiones para y entre los países en desarrollo, emitiendo garantías contra riesgos no comerciales, incluyendo campañas promocionales.¹

El sistema de arbitraje para resolver las controversias derivadas de las inversiones extranjeras que instituye el MIGA es el aspecto que más destaca este estudio por dos razones. La primera es que el arbitraje es una institución legal por excelencia. La segunda es que, aparentemente, la explicación al hecho de que México no haya firmado ni ratificado el MIGA es, precisamente, su sistema internacional de arbitraje para resolver las controversias legales con motivo de su interpretación y aplicación.

II. QUÉ PAÍSES SON PARTE DEL MIGA

Hasta octubre 27 de 1989, el MIGA había sido firmado por dieciséis países industriales, y sesenta y siete naciones en desarrollo, cuyas

¹ El nombre del tratado en inglés es *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA). Como anexo aparece una versión en español del texto del convenio. El texto en inglés en *XXIV International Legal Materials* (ILM) 6, 1985, pp. 1605-1638.

suscripciones ascendían al 77.959% del capital autorizado. Cincuenta y siete países lo habían ratificado, con suscripciones que equivalían al 66.590% del capital autorizado.²

Llama la atención que naciones de todos los continentes, niveles de desarrollo e ideologías sean socios en el MIGA. Únicamente seis países de América del Sur y Central son partes.

III. LA ACTUALIDAD DEL MIGA

La importancia del MIGA parece adquirir una nueva dimensión en el inicio de los noventa por dos razones importantes.

En primer lugar, porque en círculos financieros y políticos existe la creencia de que la inversión extranjera directa puede, por ejemplo, torcer el curso de la crisis de la deuda de los países en desarrollo. En particular, economistas estiman que en los '90 los flujos de recursos financieros seguirán negativos para América Latina. Ni el Plan Brady ni una reducción importante de la deuda nominal parecen suficientes para impedir la carencia de nuevos flujos monetarios en la región. La gran opción, entonces, parece ser mayor inversión extranjera.

En segundo lugar, debido a la reciente apertura de los mercados de Europa del Este a la economía capitalista, la trascendencia del

² La lista oficial de Estados Contratantes y Signatarios del MIGA hasta el 27 de octubre de 1989 es la siguiente: (R = ratificado, F = firmado). Alemania, República Federal (R,1987), Angola (R,1989), Bahrein (R,1986), Bangladesh (R, 1987), Barbados (R,1986), Bélgica (F,1989), Benin (F,1986), Bolivia (F,1986), Botswana (R,1989), Burquina Faso (R,1988), Camerún (R,1988), Canadá (R, 1987), Cape Verde (F,1989), Colombia (F,1986), Congo (F,1988), República de Corea (R,1987), Costa Rica (F,1989), Costa de Marfil (R,1988), Chile (F,1986), China (R,1988), Chipre (R,1987), Dinamarca (R,1987), República Dominicana (F,1988), Ecuador (R,1986), Egipto (R,1987), España (R,1988), Estados Unidos (R,1988), Guinea Ecuatorial (F,1986) Fiji (F,1986), Filipinas (F,1986), Finlandia (R,1988), Francia (F,1986), Ghana (R,1988), Gran Bretaña (R,1988), Granada (R,1988), Grecia (R,1989), Guinea (F,1989), Guyana (F,1989), Haití (F,1987), Hungría (R,1988), Indonesia (R,1986), Irlanda (R,1989), Italia (R,1988), Jamaica (R,1987), Japón (R,1987), Jordania (R,1986), Kenya (R,1988), Kuwait (R,1987), Lesotho (R,1987), Madagascar (R,1988), Malawi (R,1987), Malta (F,1986), Mauricio (F,1988), Maruecos (F,1986), Holanda (R,1986), Nigeria (R,1988), Noruega (R,1989), Omán (R,1989), Pakistán (R,1986), Polonia (F,1989), Portugal (R,1988), Rwanda (R,1989), San Cristóbal y Nevis (F,1986), Santa Lucía (R,1988), Arabia Saudita (R,1986), Senegal (R,1987), Sierra Leona (F,1985), Sri Lanka (R,1988), Sudán (F,1987), Swazilandia (F,1989), Suecia (R,1987), Suiza (R,1988), Togo (R,1988), Túnez (R,1988), Turquía (R,1988), Uruguay (F,1986), Vanuatu (R,1988), Samoa Occidental (R,1987), República Árabe del Yemen (F,1986), Yugoslavia (F,1989), Zaire (R,1989), Zambia (R,1988), Zimbabue (F,1989).

MIGA se acrecentará por la mayor competencia mundial por atraer recursos internacionales a mercados nacionales. Polonia, por ejemplo, firmó el MIGA en enero de 1989 y Yugoslavia en septiembre del mismo año. Hungría lo firmó en marzo de 1987 y lo ratificó en abril de 1988. Parece evidente que ahora, los países del tercer mundo y los del segundo competirán entre sí para seducir los recursos de los países del primero.

IV. CONTEXTO ECONÓMICO Y CREACIÓN DEL MIGA

Tradicionalmente, sólo los países desarrollados tenían legislaciones favorables a los capitales extranjeros. Sin embargo, en los últimos años, los gobiernos de prácticamente todas las naciones comparten la idea de que la inversión extranjera es un medio adecuado para el bienestar nacional. En particular, durante la década de los ochentas, los gobiernos de países en desarrollo, que tradicionalmente tenían legislaciones xenofóbicas, realizaron reformas a sus sistemas jurídicos con el objeto de eliminar barreras que impiden el crecimiento de la inversión extranjera y celebraron numerosos acuerdos bilaterales sobre inversiones con países exportadores de capital.³ En el ocaso de la misma década también las naciones del bloque soviético han promulgado nuevas leyes para fomentar la inversión extranjera.⁴

Con la pretensión de mejorar el clima para las inversiones en los países en desarrollo y de estimular las corrientes de inversión hacia ellos, países miembros del Banco consideraron que las garantías financieras contra riesgos no comerciales a los inversionistas extranjeros era fundamental.

Con este propósito, entre países desarrollados y países en desarrollo se diseñaron algunos planes oficiales para proporcionar a sus nacionales garantías contra riesgos no comerciales en relación con inversiones en países en desarrollo. A nivel regional, por ejemplo, la Corporación Inter-Árabe de Garantía de Inversiones otorgó garantías dentro de un ámbito espacial. Un mercado privado de seguros contra

³ D. T., Wilson, "International Business Transactions in a Nutshell", West, 1984. Textos de leyes y tratados para promover la inversión extranjera en "Investment Laws of the World, with Investment Treaties", compilado y clasificado por el *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, publicado por Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry New York, 1989.

⁴ La Ley sobre Inversiones Extranjeras en Polonia, que entró en vigor el 1 de enero de 1989, en XXVIII ILM 6, 1989, pp. 1518-1542. La Ley sobre Inversiones Extranjeras de Yugoslavia, que entró en vigor el 8 de enero de 1989, en XXVIII ILM 6, 1989, pp. 1543-1555.

riesgos políticos también funcionó a nivel internacional desde hace más de un decenio.

Sin embargo, los seguros y garantías cubiertos en acuerdos bilaterales y regionales parecían insuficientes ya que estaban sujetos a diversas limitaciones. Especialmente, a la percepción de los riesgos políticos desde la perspectiva del inversionista, como una barrera importante para sus inversiones en los países en desarrollo.

En el contexto descrito surgió el MIGA. El gran objetivo era complementar los planes de inversión existentes y contribuir a mejorar un clima para la inversión otorgando garantías y emprendiendo otras actividades de promoción de inversiones.

La iniciativa de crear el MIGA data del decenio de 1950. Fue repetidamente examinada en el Banco de 1962 a 1972, sin que se llegara a una decisión al respecto. El Presidente del Banco, señor Clausen hizo revivir la idea en su primer discurso ante la Reunión Anual del Banco en 1981.

Después de detallados estudios realizados por los funcionarios del Banco y de deliberaciones informales con los Directores Ejecutivos, se distribuyó a estos últimos, en mayo de 1984, un documento titulado "Características principales de un propuesto Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones". En ese documento se presentaba una serie de características fundamentales que diferenciaban la nueva propuesta de los proyectos analizados con anterioridad en el Banco. Eventualmente, dicho estudio, con las modificaciones introducidas por los Directores Ejecutivos, se convirtió en el "Anteproyecto de Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones", distribuido en octubre de 1984. Fueron solicitadas las opiniones a los gobiernos miembros del Banco. De estas consultas se derivó un texto revisado del proyecto de Convenio, que fue distribuido a los gobiernos miembros en marzo de 1985. Entre junio y septiembre del mismo año, los Directores Ejecutivos, asistidos por expertos de los gobiernos miembros, se constituyeron en Comité Plenario para deliberar acerca del proyecto de Convenio. En septiembre de 1985, los Directores Ejecutivos terminaron la preparación del proyecto de Convenio, y recomendaron a la Junta de Gobernadores que adoptara una resolución para abrir el Convenio a la firma.

El Convenio constitutivo del MIGA entró en vigor el 12 de abril de 1988. La primera reunión del Consejo de Gobernadores tuvo lugar el 8 de junio. El 22 del mismo mes fue adoptado su Reglamento.⁵

⁵ Texto en XXVII ILM 5, 1988, pp. 1228-1259.

V. EL CONVENIO CONSTITUTIVO DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES

El Convenio se compone de un preámbulo, once capítulos y dos anexos.

1. *El preámbulo*

Los Estados Contratantes consideran que es menester fortalecer la cooperación internacional para el desarrollo económico y propiciar la contribución de la inversión extranjera en general y de la inversión extranjera privada en especial a dicho desarrollo.

Reconocen que la mitigación de las preocupaciones relacionadas con riesgos no comerciales facilitaría y alentaría en mayor grado el flujo de la inversión extranjera hacia los países en desarrollo.

Las condiciones para mejorar el flujo hacia los países en desarrollo de capital y tecnología, se acordó, debe ser para fines productivos y de acuerdo con sus necesidades, políticas y objetivos en materia de desarrollo, sobre la base de normas equitativas y estables para el tratamiento de la inversión extranjera.

En el marco de valores descrito, señalaron que el MIGA puede desempeñar una función importante para alentar la inversión extranjera al complementar los programas nacionales y regionales de garantía de inversiones y las actividades de los aseguradores privados de riesgos no comerciales.

En síntesis, el preámbulo es una declaración de respeto a los valores de los países en desarrollo como prerrequisito para la promoción de inversiones extranjeras.

2. *El texto*

El capítulo primero se refiere a la creación y naturaleza jurídica del MIGA, sus objetivos y finalidades, y las definiciones principales.

El Convenio crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) como organización internacional autónoma dotada de "plena personalidad jurídica" según el derecho internacional y las leyes internas de sus miembros (Artículo 1), con el objetivo básico de alentar los flujos de inversión para fines productivos entre sus países miembros y, en especial, hacia sus países miembros en desarrollo (Artículo 2).

La expresión "inversiones para fines productivos" significa el involucramiento del MIGA en proyectos y programas concretos en todos los sectores de la economía. No entraña una limitación de sus operaciones al sector manufacturero.

El MIGA garantiza inversiones en los países miembros contra riesgos no comerciales y está facultado para realizar actividades complementarias para promover flujos de inversión (Artículo 2 b).

En el Artículo 23 del Convenio se estipulan las actividades de promoción de las inversiones que el MIGA habrá de realizar.

El capítulo segundo se refiere a los miembros, capital, suscripción de acciones, división y requerimiento de pago del capital suscrito, pago de la suscripción de acciones, valoración de monedas y reembolsos.

Si bien podrán ser miembros del MIGA todos los países miembros del Banco y Suiza (Artículo 4 a), no es obligatorio para los miembros del Banco incorporarse al MIGA. El Convenio reconoce la importancia que tiene la participación de los países miembros exportadores e importadores de capital (Artículos 39 y 61 b).

El capítulo tercero cubre las denominadas operaciones. Estas son los riesgos cubiertos, las inversiones, inversionistas y países receptores admisibles, la aprobación de los términos y condiciones del país receptor. También regula el pago de reclamaciones, la subrogación de derechos, las relaciones con organismos nacionales y regionales, el reaseguro de entidades nacionales y regionales, la cooperación con aseguradores privados y reaseguradores, los límites de la garantía, la promoción de las inversiones y las garantías de inversiones patrocinadas.

El MIGA cubre riesgos contra la pérdida que resulte de la transferencia de moneda, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles.

El capítulo cuarto se compone de disposiciones de carácter financiero, incluyendo cuestiones administrativas, primas y comisiones, distribución de los ingresos netos, presupuesto y cuentas.

El capítulo quinto se ocupa de la organización y administración del MIGA. Como en tratados similares, se encuentran preceptos sobre la estructura y funcionamiento de los principales órganos (El Consejo. La Junta de Directores. Presidente y funcionarios). Destaca la prohibición de realizar actividades políticas.

El capítulo sexto regula los derechos de voto y ajustes de las suscripciones, votaciones en el Consejo, elección de Directores y votaciones en la Junta de Directores.

El capítulo séptimo enumera los privilegios e inmunidades del MIGA, las acciones judiciales, los activos, los archivos y comunicaciones, impuestos y preceptos sobre la conducta de los funcionarios del MIGA.

El capítulo octavo comprende los derechos y deberes de los Estados, la suspensión de las operaciones y la liquidación.

El capítulo noveno se titula "Arreglo de Diferencias". Incluye reglas jurídicas para la interpretación y aplicación del Convenio, para las diferencias entre el Organismo y sus miembros, y para las diferencias en las que intervienen tenedores de una garantía o reaseguro.

En el Convenio se establecen procedimientos para cuatro tipos de controversias:

a) Controversias relativas a la interpretación o aplicación del Convenio que surjan entre cualquier miembro y el MIGA o entre miembros. Éstas serán decididas por la Junta con sujeción a la posibilidad de apelación al Consejo (Artículo 56). Esta regla jurídica es una costumbre legal de los organismos internacionales, que desde luego incluye al Banco y otras instituciones financieras internacionales.

b) Controversias que surjan en virtud de un contrato de garantía o de reaseguro entre el Organismo y la otra parte. Primero deberán resolverse amigablemente. Si esto no se logra, se someterán a arbitraje de conformidad con las reglas que se estipulen o mencionen en el contrato de garantía o de reaseguro (Artículo 58).

c) Controversias entre el MIGA actuando como subrogante de un inversionista y un miembro. Éstas se arreglarán ya sea de conformidad con el Anexo II del Convenio o con sujeción a un acuerdo que ha de celebrarse entre el MIGA y ese miembro acerca de mecanismos alternativos de arreglo y de diferencias (Artículo 57b).

Tal acuerdo (que debe ser aprobado por la Junta por mayoría especial antes de que el MIGA inicie sus operaciones en el territorio del miembro interesado) se negociaría entre las partes tomando como base el Anexo II del Convenio. Este acuerdo podría estipular, por ejemplo, que el MIGA interponga en primer lugar los recursos que estén a su alcance en virtud del derecho interno del país receptor y acuda al arbitraje solamente cuando no haya obtenido reparación a través de aquellos recursos dentro de un lapso especificado. El acuerdo también deberá asegurar el otorgamiento al MIGA de un

tratamiento por lo menos tan favorable, en lo que respecta a los derechos para recurrir al arbitraje, como los que el miembro interesado ha convenido con otras entidades de garantía de inversiones. Finalmente, se podrán instituir métodos distintos del arbitraje, como, por ejemplo, una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

d) Controversias distintas de las mencionadas en los incisos a), b), o c), que surjan entre el MIGA y un miembro o una entidad de un miembro, así como todas las controversias entre el MIGA y un país que haya dejado de ser miembro. Éstas serán dirimidas de conformidad con el Anexo II del Convenio, es decir, mediante negociaciones y, en caso de fracaso de éstas, a través de la conciliación y el arbitraje (Artículo 57a).

El Convenio no estipula procedimientos específicos que rijan el arbitraje entre el MIGA y los tenedores de una garantía o una póliza de reaseguro. Se prevé que en los contratos de garantía y de reaseguro ordinariamente se haría referencia a un cuerpo de normas internacionalmente reconocidas en materia de arbitraje comercial, tales como las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o las de la Cámara de Comercio Internacional.

El Anexo II, que, al igual que el Anexo I, forma parte integral del Convenio, exige que las partes traten primeramente de negociar un arreglo antes de recurrir al arbitraje (Artículo 2 del Anexo II). Genéricamente, se prevé que todas las diferencias habrían de ser ajustadas amigablemente a través de la negociación como ocurre en la práctica en lo que respecta a otras instituciones financieras internacionales. Sólo si fracasa la negociación, las partes tienen la opción de intentar un arreglo a través de la conciliación o el arbitraje. Cuando las partes acuerden recurrir a la conciliación, sólo pueden someter la controversia al arbitraje si fracasa la conciliación (Artículo 3 del Anexo II).

El Artículo 4 g) del Anexo II indica las fuentes de derecho relevantes al disponer que el tribunal de arbitraje (el Tribunal) "aplicará las disposiciones del Convenio, cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, los estatutos y reglamentos del MIGA, las normas aplicables del derecho internacional, el derecho interno del miembro de que se trate, y las disposiciones aplicables del contrato de inversión, si las hubiere". La referencia al

derecho interno del miembro comprende las normas relativas a conflictos entre diversas leyes. En caso de conflicto entre las normas del derecho internacional y las reglas emitidas unilateralmente por cualquiera de las partes en la diferencia, los tribunales internacionales deberán aplicar las normas del derecho internacional.

Los laudos arbitrales son definitivos y obligatorios para las partes (Artículo 4 h) del Anexo II) y pueden hacerse cumplir dentro de los territorios de cada miembro como si se tratase de sentencias definitivas de un tribunal de ese miembro; sin embargo, los laudos sólo pueden ejecutarse de conformidad con las leyes del país en que se pretenda la ejecución (Artículo 4 j) del Anexo II). Esta disposición refleja el interés común de todos los miembros en la viabilidad financiera del MIGA.

El capítulo décimo reglamenta los procedimientos de enmienda del Convenio. Las disposiciones del Convenio relativas a enmiendas (Artículos 59 y 60) pretenden lograr el equilibrio necesario entre permitir modificaciones al Convenio que puedan ser deseables o necesarias para el funcionamiento del MIGA y proteger al mismo tiempo a los miembros del aumento de las obligaciones y el debilitamiento de sus derechos en contra de su voluntad.

Así, ciertas enmiendas requieren para su aprobación una mayoría de tres quintos de los Gobernadores con cuatro quintos del total de los derechos de voto. Otras enmiendas requieren la aprobación unánime. Unas más exigen la aprobación de aquellos miembros cuyas obligaciones se aumentarían. Las enmiendas de los Apéndices A y B exigen mayoría especial.

El capítulo décimo primero agrupa las reglas jurídicas formales relativas a la entrada en vigor, reunión inaugural, país depositario, registro, notificación, aplicación territorial y revisiones periódicas.

El Convenio estipula su entrada en vigor cuando sea ratificado, aceptado o aprobado por cinco Estados pertenecientes a la Categoría Uno (países desarrollados) y diez Estados pertenecientes a la Categoría Dos (países en desarrollo) si el total de la suscripción de estos países suma no menos de un tercio del capital autorizado (Artículo 61 b 4).

El Convenio se aplica a todos los territorios "que estén bajo la jurisdicción de un miembro". Esto comprende los territorios que, aunque no formen necesariamente parte del territorio de un miembro en estricto sentido jurídico, están sujetos a la jurisdicción de un país para fines económicos en virtud del derecho internacional.

El anexo I trata de las garantías de inversiones patrocinadas en virtud del Artículo 24 (inversiones garantizadas no cubiertas por el capítulo quinto).

El anexo II, tal como se dijo arriba, trata sobre las reglas para el arreglo de controversias entre un miembro y el MIGA en virtud del Artículo 57 (Negociación, conciliación, arbitraje y notificaciones).

VI. UN ARRANQUE LENTO

Un año y medio después de su entrada en vigor, el MIGA no ha podido anunciar su primera operación. Varios factores explican esta aparente falta de acción.

Nuevas instituciones internacionales siempre enfrentan dificultades y despiertan cautela por parte de los gobiernos. Esto es aún más notorio cuando el servicio que se ofrece es novedoso. Este es el caso del MIGA que al mismo tiempo es un agente para la promoción y asesoría de la inversión extranjera, y una institución que ofrece garantía de la inversión.⁶ El propio Banco Mundial, novedoso en cuando empezó a operar, sólo concretó su primer proyecto de préstamo en 1949, tres años después de su establecimiento.

Los funcionarios del MIGA han estado ocupados en asuntos operacionales, en reclutar personal idóneo y en dar a conocer el organismo.

En proyectos, al término de su primer año fiscal, el organismo había registrado 69 postulaciones para garantías preliminares que cubrían una inversión potencial en 24 países en desarrollo.⁷

Genéricamente, la realidad parece mostrar que el MIGA se adelantó un poco a la moda actual de otorgar la más alta prioridad a las inversiones extranjeras en las políticas nacionales. Por ello, sólo en el futuro, ya inmediato, las reformas nacionales de apertura al capital del exterior se traducirán en políticas internacionales consistentes.

Los países de América Latina de nueva cuenta parecen quedarse atrás de los eventos mundiales ya que han permanecido al margen del MIGA. En particular, las naciones más grandes: Brasil, Argentina y México, no obstante sus modificaciones legales internas para abrir sus mercados al capital internacional, con sus conductas inter-

⁶ ANNIS, Barbara, *¿Inversiones con MIGA? en América Economía*, núm. 34, diciembre 1989, pp. 24-25.

⁷ *Ibidem*.

nacionales han parecido no considerar importantes los servicios del MIGA.

En particular, México ha permanecido al margen de esfuerzos formales de carácter internacional para promover la inversión extranjera. No obstante la tendencia mundial de celebrar tratados bilaterales sobre inversión, México no tiene firmado ninguno. Todavía no ha firmado ni ratificado el MIGA ni otros convenios que establecen sistemas para la solución de controversias en materia de inversión.⁸

La razón de la no firma de tratados sobre inversión es la percepción del gobierno de que el arbitraje internacional es violatorio de la soberanía y autodeterminación económica, y contrario a la cláusula Calvo⁹ inserta en el Artículo 27 de la Constitución General de la República. En otras palabras, México no acepta la costumbre de incluir cláusulas que obligan al arbitraje internacional en los tratados de inversión.

Sin embargo, ante la creciente competencia mundial por atraer inversión extranjera, el gobierno de México debería reconsiderar las razones que le impiden aceptar un sistema internacional para la resolución de controversias en materia de inversión.

Un artículo de W. D. Rogers, escrito en 1978, sobre la actitud latinoamericana respecto a las disputas en inversiones es ilustrativo desde su mismo título: "Of Missionaries, Fanatics and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas". Rogers empieza con una cita de H. Nicholson que intenta definir la esencia de la diplomacia. Ésta es entendida como la "aplicación de la inteligencia y el tacto a la conducta de las relaciones oficiales entre gober-

⁸ Por ejemplo, el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), que entró en vigor en 1966. El CIADI forma parte del sistema normativo del Banco, y tiene su sede en Washington. Al 30 de junio de 1989, lo habían firmado 98 Estados y 91 lo habían ratificado. En 1989 el CIADI consideró 16 disputas en inversión. El Overseas Private Investment Corporation (OPIC) es una agencia del gobierno de los Estados Unidos, cuyo objeto es la promoción de inversiones privadas en países en desarrollo. OPIC asegura inversiones en países que tienen tratados bilaterales de inversión con los Estados Unidos —actualmente más de cien, incluyendo China, Rumania y Yugoslavia.

⁹ Las dos ideas más representativas de la doctrina Calvo son: a. Los Estados son soberanos respecto a las políticas de expropiación e indemnización dentro de sus territorios y los demás Estados deben abstenerse de cualquier intervención en dichas políticas; y b. los extranjeros deben someterse a las leyes de los países donde invierten. CALVO, C., "Le Droit International Théorique et Pratique, Précédé d'un Exposé Historique des Progrés de la Science du Droit des Genes", 4th Edition, 6 tomes, Paris-Berlin, 1887, 185-205. SEPÚLVEDA, C., "La Responsabilidad Internacional del Estado y la Validez de la Cláusula Calvo", México, 1944, pp. 41-46.

nantes de naciones independientes. La peor clase de diplomáticos son misioneros, fanáticos y abogados; la mejor clase son los razonables y escépticos".¹⁰

Lo que ha sucedido es que, en general, los gobiernos de América Latina han normado sus posiciones internacionales en inversiones por conceptos legales-políticos que no han evolucionado a efecto de ajustarse a las exigencias económicas de sus pueblos. Ha faltado inteligencia y tacto, ha prevalecido el punto de vista de los peores diplomáticos (misioneros, fanáticos y abogados) en el manejo de las controversias sobre inversiones, ya que no han aceptado un sistema jurídico internacional para la solución de dichas disputas. Mientras que el resto del mundo se ha integrado a dichos esquemas, América Latina no acepta la nueva realidad, parece seguir encadenada a la pureza idílica de los esquemas legales nacionales.

En síntesis, parece urgente el abandono de tabúes que hoy impiden la recepción de capitales para el progreso de los pueblos y su bienestar general. En última instancia el bienestar de los pueblos sólo es cuantificable en términos de recursos materiales que permitan una vida digna.

CONVENIO CONSTITUTIVO DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES

Preámbulo

Los Estados Contratantes

Considerando que es menester fortalecer la cooperación internacional para el desarrollo económico y propiciar la contribución de la inversión extranjera en general y de la inversión extranjera privada en especial a dicho desarrollo;

Reconociendo que la mitigación de las preocupaciones relacionadas con riesgos no comerciales facilitaría y alentaría en mayor grado el flujo de la inversión extranjera hacia los países en desarrollo;

Deseosos de mejorar el flujo hacia los países en desarrollo de capital y tecnología para fines productivos en condiciones compatibles con sus necesidades, políticas y objetivos en materia de desarrollo,

¹⁰ En *American Journal of International Law*, January 1978, vol. 72, núm. 1, pp. 1-16.

sobre la base de normas equitativas y estables para el tratamiento de la inversión extranjera;

Convencidos de que el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones puede desempeñar una función importante para alentar la inversión extranjera al complementar los programas nacionales y regionales de garantía de inversiones y las actividades de los aseguradores privados de riesgos no comerciales, y

Reconociendo que dicho Organismo, en la medida posible, deberá cumplir sus obligaciones sin recurrir a su capital exigible y que el mejoramiento continuado de las condiciones en cuanto a las inversiones contribuiría a tal objetivo,

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I

CREACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, FINALIDADES Y DEFINICIONES

Artículo 1. *Creación y naturaleza jurídica del Organismo*

a) Mediante este Convenio se crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (denominado en lo sucesivo el Organismo).

b) El Organismo tendrá plena personalidad jurídica y, en especial, capacidad para:

- i) Contratar;
- ii) Adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles;
- iii) Entablar procedimientos judiciales.

Artículo 2. *Objetivo y finalidades*

El objetivo del Organismo será propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países miembros, y en especial hacia los países miembros en desarrollo, complementando de esta manera las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (denominado en adelante el Banco) y de la Corporación Financiera Internacional y otras instituciones internacionales de financiamiento del desarrollo.

A fin de cumplir su objetivo, el Organismo:

a) Otorgará garantías, incluidos coaseguros y reaseguros, contra riesgos no comerciales respecto de inversiones realizadas en un país miembro y provenientes de otros países miembros;

b) Realizará actividades complementarias apropiadas para promover el flujo de inversiones hacia los países miembros en desarrollo y entre los mismos, y

c) Ejercitará todas las demás facultades concomitantes que sean necesarias o deseables para la consecución de su objetivo.

En todas sus decisiones, el Organismo se regirá por las disposiciones de este Artículo.

Artículo 3. *Definiciones*

Para los fines de este Convenio:

a) "Miembro" significa un Estado respecto del cual este Convenio ha entrado en vigor de conformidad con el Artículo 61.

b) "País receptor" o "Gobierno receptor" significa un miembro, su gobierno, o una dependencia pública de un miembro en cuyo territorio, tal como se define en el Artículo 66, estará ubicada una inversión que ha sido garantizada o reasegurada por el Organismo o que el Organismo está considerando garantizar o reasegurar.

c) "País miembro en desarrollo" significa un miembro del Organismo designado como tal en el Apéndice A de este Convenio incluyendo las modificaciones a dicho Apéndice que efectúe de cuando en cuando el Consejo de Gobernadores al que se hace referencia en el Artículo 30 (denominado en lo sucesivo el Consejo).

d) "Mayoría especial" significa el voto afirmativo de no menos de dos tercios del total de los derechos de voto que representen no menos del cincuenta y cinco por ciento de las acciones suscritas del capital del Organismo.

e) "Moneda de libre uso" significa (i) una moneda así designada de cuando en cuando por el Fondo Monetario Internacional y (ii) toda otra moneda que pueda obtenerse libremente y usarse efectivamente, que la Junta de Directores a la que se hace referencia en el Artículo 30 (denominada en lo sucesivo la Junta) designe para los fines de este Convenio, previa consulta con el Fondo Monetario Internacional y con la aprobación del país emisor de dicha moneda.

Capítulo II

MIEMBROS Y CAPITAL

Artículo 4. *Miembros*

a) Podrán ser miembros del Organismo todos los miembros del Banco y Suiza.

b) Los miembros fundadores del Organismo serán los Estados que se designan en el Apéndice A de este Convenio y que sean partes del mismo el 30 de octubre de 1987 o antes.

Artículo 5. *Capital*

a) El capital autorizado del Organismo será de mil millones de derechos especiales de giro (DEG 1,000 millones). El capital autorizado se dividirá en 100,000 acciones con un valor nominal de DEG 10,000 cada una, las que estarán a disposición de los miembros para fines de suscripción. Todas las obligaciones de pago de los miembros con respecto al capital autorizado se satisfarán sobre la base del valor medio del DEG en términos del dólar de los Estados Unidos de América en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1981 y el 30 de junio de 1985, valor que corresponde a 1,082 dólares de los Estados Unidos de América por cada DEG.

b) Al admitirse un nuevo miembro, el capital autorizado aumentará en la medida en que el número de acciones autorizadas en ese momento sea insuficiente para proporcionar las acciones que han de ser suscritas por dicho miembro de conformidad con el Artículo 6.

c) El Consejo, por mayoría especial, podrá aumentar en cualquier momento el capital autorizado del Organismo.

Artículo 6. *Suscripción de acciones*

Cada miembro fundador del Organismo suscribirá el valor nominal la cantidad de acciones de capital que se estipule frente a su nombre en el Apéndice A de este Convenio. Todos los demás miembros suscribirán acciones de capital en el número y en los términos y condiciones que el Consejo determine, pero en ningún caso a un precio de emisión inferior al valor nominal. Ningún miembro suscribirá menos de cincuenta acciones. El Consejo prescribirá las reglas conforme

a las cuales los miembros podrán suscribir acciones adicionales del capital autorizado.

Artículo 7. *División y requerimientos de pago del capital suscrito*

La suscripción inicial de cada miembro se pagará en la forma siguiente:

- i) Dentro de los noventa días a partir de la fecha en que este Convenio entre en vigor respecto de cada miembro, el diez por ciento del precio de cada acción se pagará en efectivo conforme a lo estipulado en la Sección a) del Artículo 8 y un diez por ciento adicional en forma de pagarés no negociables que no devenguen interés o de obligaciones similares que han de hacerse efectivas conforme a una decisión de la Junta a fin de satisfacer las obligaciones del Organismo.
- ii) El saldo estará sujeto a pago a requerimiento del Organismo cuando sea necesario para atender sus obligaciones.

Artículo 8. *Pago de la suscripción de acciones*

a) Los pagos de las suscripciones se harán en monedas de libre uso; sin embargo, los países miembros en desarrollo podrán pagar en sus propias monedas hasta el veinticinco por ciento de la porción en efectivo del capital pagado de sus suscripciones pagadera de acuerdo al Artículo 7 i).

b) Los requerimientos de cualquier porción de las suscripciones no pagadas serán uniformes para todas las acciones.

c) Si la cantidad recibida por el Organismo por concepto de un requerimiento resultante insuficiente para satisfacer las obligaciones que han hecho necesario el requerimiento, el Organismo puede hacer sucesivos requerimientos adicionales de las suscripciones no pagadas hasta que la suma total que reciba sea suficiente para satisfacer tales obligaciones.

d) La responsabilidad respecto de las acciones se limitará a la porción no pagada del precio de emisión.

Artículo 9. *Valoración de monedas*

A los fines de este Convenio, siempre que sea necesario determinar el valor de una moneda en función de otra, dicho valor será el que

razonablemente determine el Organismo, previa consulta con el Fondo Monetario Internacional.

Artículo 10. *Reembolsos*

a) Tan pronto como sea posible, el Organismo reembolsará a los miembros los montos pagados por éstos por concepto de requerimiento del capital suscrito si se cumplen las siguientes condiciones y en al medida en que se cumplan:

- i) que el requerimiento se haya efectuado para satisfacer una reclamación derivada de una garantía o contrato de reaseguro y que con posterioridad el Organismo haya recuperado su pago en todo o parte, en moneda de libre uso, o
- ii) que el requerimiento se haya efectuado en razón de incumplimiento en el pago por un miembro y posteriormente dicho miembro hubiere efectuado el pago en todo o parte, o
- iii) que el Consejo, por mayoría especial, determine que la situación financiera del Organismo permite que se reembolsen tales montos en todo o parte con cargo a los ingresos del Organismo.

b) Todo reembolso a un miembro en virtud de este Artículo se hará en moneda de libre uso en la proporción que corresponda a los pagos efectuados por ese miembro en el total del monto pagado de conformidad con los requerimientos hechos antes de tal reembolso.

c) El equivalente de los montos reembolsados a un miembro en virtud de este Artículo pasará a formar parte de las obligaciones de capital exigibles del miembro de acuerdo al Artículo 7 ii).

Capítulo III

OPERACIONES

Artículo 11. *Riesgos cubiertos*

a) Con sujeción a las disposiciones de las Secciones b) y c) que siguen, el Organismo podrá garantizar inversiones admisibles contra una pérdida que resulte de uno o más de los siguientes tipos de riesgos:

- i) *Transferencia de moneda*

La introducción atribuible al gobierno receptor de cualesquier restricción sobre la transferencia al exterior del país receptor

de su moneda en una moneda de libre uso u otra moneda aceptable para el tenedor de la garantía, incluida la falta de actuación del gobierno receptor, dentro de un lapso razonable, respecto de una solicitud de dicho tenedor para esa transferencia;

ii) *Expropiación y medidas similares*

Cualquier acción legislativa o cualquier acción u omisión administrativa atribuible al gobierno receptor que tenga el efecto de privar al tenedor de una garantía de la propiedad o el control de su inversión o de un beneficio sustancial derivado de la misma, con excepción de las medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos toman normalmente con objeto de regular la actividad económica en sus territorios;

iii) *Incumplimiento de contrato*

Cualquier rechazo o incumplimiento por el gobierno receptor de un contrato con el tenedor de una garantía, cuando a) el tenedor de una garantía no tiene recurso ante un foro judicial o arbitral con objeto de resolver la reclamación de rechazo o incumplimiento, o b) dicho foro no dicta una decisión dentro de un lapso razonable al tenor de lo prescrito en los contratos de garantía de conformidad con los reglamentos del Organismo, o c) no puede hacerse cumplir tal decisión, y

iv) *Guerra y disturbios civiles*

Cualquier acción militar o disturbio civil en cualquier territorio del país receptor al que sea aplicable este Convenio de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 66.

b) En virtud de una solicitud conjunta del inversionista y el país receptor, la Junta, por mayoría especial, puede aprobar la extensión de la cobertura en virtud de este Artículo a riesgos no comerciales específicos distintos de los comprendidos en la Sección a) anterior, pero en ningún caso a los riesgos de devaluación o depreciación de la moneda.

c) No estarán cubiertas las pérdidas resultantes de lo siguiente:

- i) Cualquier acción u omisión del gobierno receptor a la que haya prestado su consentimiento el tenedor de la garantía o por la cual éste sea responsable, y
- ii) Cualquier acción u omisión del gobierno receptor o cualquier otro hecho que se produzca antes de la celebración del contrato de garantía.

Artículo 12. *Inversiones admisibles*

a) Las inversiones admisibles comprenderán las contribuciones al capital social, incluidos los préstamos a mediano o largo plazo otorgados o garantizados por los tenedores de acciones en el capital social de la empresa de que se trate, y las formas de inversión directa que la Junta pueda determinar.

b) La Junta, por mayoría especial, podrá extender la admisibilidad a cualquier otra forma de inversión a mediano o largo plazo, salvo que los préstamos distintos de los mencionados en la Sección a) precedente podrán ser admisibles solamente si están vinculados a una inversión específica garantizada o que se proponga amparar con garantía del Organismo.

c) La garantía estará restringida a aquellas inversiones cuya ejecución comience después de ser registrada por el Organismo la solicitud de dicha garantía. Tales inversiones podrán incluir:

- i) Las transferencias de divisas efectuadas para modernizar, ampliar o desarrollar una inversión existente, y
- ii) El uso de los ingresos provenientes de inversiones existentes que en caso contrario podrían ser remitidos fuera del país receptor.

d) Al garantizar una inversión, el Organismo deberá estar satisfecho de lo siguiente:

- i) la solvencia económica de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor;
- ii) la juricidad de la inversión conforme a las leyes y reglamentos del país receptor;
- iii) la armonía de la inversión con los objetivos y prioridades declarados por el país receptor, y
- iv) las condiciones para las inversiones en el país receptor, con inclusión de la disponibilidad de trato justo y equitativo y protección legal para la inversión.

Artículo 13. *Inversiones admisibles*

a) Cualquier persona natural y cualquier persona jurídica puede cumplir las condiciones requeridas para recibir la garantía del Organismo, siempre que:

- i) La persona natural sea nacional de un país miembro distinto del país receptor;
- ii) La persona jurídica se haya constituido y tenga la sede de sus negocios en un país miembro o la mayoría de su capital sea de propiedad de uno o más países miembros o de nacionales del miembro o miembros, a condición de que en ninguno de estos casos dicho país miembro sea a su vez el país receptor, y
- iii) La persona jurídica, ya sea de propiedad privada o no, funcione en términos comerciales.

b) En caso de que el inversionista tenga más de una nacionalidad, a los fines de la Sección a) precedente la nacionalidad de un miembro prevalecerá sobre la nacionalidad de un país que no sea miembro, y la nacionalidad del país receptor prevalecerá sobre la nacionalidad de cualquier otro miembro.

c) En virtud de solicitud conjunta del inversionista y el país receptor, la Junta, por mayoría especial, puede extender la admisibilidad a una persona natural que sea nacional del país receptor o a una persona jurídica que se haya constituido en el país receptor o cuyo capital sea en su mayoría de propiedad de sus nacionales, siempre que los activos en cuestión se transfieran desde fuera del país receptor.

Artículo 14. Países receptores admisibles

Las inversiones se garantizarán con arreglo a este Capítulo sólo si han de efectuarse en el territorio de un país miembro en desarrollo.

Artículo 15. Aprobación del país receptor

El Organismo no celebrará ningún contrato de garantía antes de que el gobierno receptor haya aprobado el otorgamiento de la garantía por el Organismo contra los riesgos cuya cobertura se ha especificado.

Artículo 16. Términos y condiciones

Los términos y condiciones de cada contrato de garantía, serán determinados por el Organismo con sujeción a las reglas y reglamentos que dicte la Junta, quedando entendido que el Organismo no

cubrirá la pérdida total de la inversión garantizada. Los contratos de garantía serán aprobados por el Presidente bajo la dirección de la Junta.

Artículo 17. Pago de reclamaciones

El Presidente, bajo la dirección de la Junta, decidirá acerca del pago de reclamaciones al tenedor de una garantía de conformidad con el contrato de garantía y las políticas que la Junta adopte. Los contratos de garantía exigirán que los tenedores de garantías, antes de que el Organismo haga un pago, establezcan los recursos administrativos que sean adecuados en virtud de las circunstancias, siempre que estén prontamente a su disposición de conformidad con las leyes del país receptor. Tales contratos podrán exigir el transcurso de ciertos periodos razonables entre la ocurrencia de los sucesos que den lugar a las reclamaciones y los pagos de éstas.

Artículo 18. Subrogación

a) Al pagar o convenir en pagar una indemnización al tenedor de una garantía, el Organismo se subrogará en los derechos o reclamaciones relacionados con la inversión garantizada que el tenedor de una garantía puede haber tenido contra el país receptor y otros obligados. El contrato de garantía estipulará los términos y condiciones de tal subrogación.

b) Los derechos del Organismo en virtud de la Sección a) precedente serán reconocidos por todos los miembros.

c) El país receptor dará a las cantidades expresadas en su propia moneda, adquiridas por el Organismo como subrogante en virtud de la Sección a) precedente, un tratamiento tan favorable en cuanto a su uso y conversión como el tratamiento que habría correspondido a tales fondos en manos del tenedor de la garantía. En todo caso, el Organismo podrá utilizar tales cantidades para el pago de sus gastos administrativos y otros costos. El Organismo procurará también celebrar acuerdos con los países receptores acerca de otros usos de tales monedas en tanto éstas no sean de libre uso.

Artículo 19. Relaciones con organismos nacionales y regionales

El Organismo cooperará con las entidades nacionales de los países miembros y las entidades regionales cuyo capital sea en su mayor

parte de propiedad de los países miembros, que llevan a cabo actividades similares de las del Organismo, y procurará complementar las operaciones de tales entidades, con objeto de maximizar tanto la eficiencia de sus respectivos servicios como su contribución al aumento del flujo de inversiones extranjeras. A este fin, el Organismo podrá celebrar arreglos contractuales con dichas entidades acerca de los detalles de tal cooperación, incluidas especialmente las modalidades de reaseguro y coaseguro.

Artículo 20. *Reaseguro de entidades nacionales y regionales*

a) El Organismo podrá otorgar un reaseguro, respecto de una inversión específica, contra pérdidas que se deriven de uno o más de los riesgos no comerciales que hubieran sido garantizados por un miembro o dependencia del mismo o por una entidad regional de garantía de inversiones cuya porción mayor de capital sea de propiedad de dos o más miembros. La Junta, por mayoría especial, determinará de cuando en cuando el monto máximo de las obligaciones contingentes que el Organismo pueda asumir con respecto a contratos de reaseguro. Con respecto a las inversiones específicas que hayan sido terminadas más de 12 meses antes de que el Organismo reciba la solicitud de reaseguro, dicho monto máximo será fijado inicialmente en el diez por ciento del total de las obligaciones contingentes del Organismo según este Capítulo. Las condiciones de admisibilidad especificadas en los Artículos 11 a 14 se aplicarán a las operaciones de reaseguro, salvo que no será necesario que las inversiones reaseguradas se lleven a cabo con posterioridad a la solicitud de reaseguro.

b) Los derechos y obligaciones mutuos del Organismo y un miembro o una dependencia reasegurados se especificarán en los contratos de reaseguro con sujeción a las reglas y reglamentos de reaseguro que dicte la Junta. La Junta aprobará cada contrato de reaseguro que garantice una inversión que se haya hecho antes de que el Organismo reciba la solicitud para el reaseguro, con miras a minimizar los riesgos, asegurándose de que el Organismo reciba primas que guarden proporción con sus riesgos, y de que la entidad reasegurada se comprometa adecuadamente a la promoción de nuevas inversiones en los países miembros en desarrollo.

c) En la medida posible, el Organismo se asegurará que a él y a la entidad reasegurada les correspondan derechos de subrogación y arbitraje equivalentes a los que tendría el Organismo si hubiere

sido el garante original. Los términos y condiciones del reaseguro exigirán que se entablen acciones administrativas de conformidad con el Artículo 17 antes de que el Organismo efectúe un pago. La subrogación tendrá efecto con respecto al país receptor de que se trate solamente después de su aprobación del reaseguro por parte del Organismo. El Organismo incluirá en los contratos de reaseguro disposiciones que exijan que el reasegurado procure con la debida diligencia hacer valer los derechos o reclamaciones relacionados con la inversión reasegurada.

Artículo 21. *Cooperación con aseguradores privados y reaseguradores*

a) El Organismo podrá celebrar acuerdos con aseguradores privados de los países miembros con objeto de intensificar sus propias operaciones y alentar a tales aseguradores a otorgar cobertura de riesgos no comerciales en los países miembros en desarrollo en condiciones similares a las aplicadas por el Organismo. Tales acuerdos podrán incluir el reaseguro por el Organismo con arreglo a las condiciones y procedimientos especificados en el Artículo 20.

b) El Organismo podrá reasegurar con cualquier entidad de reaseguro apropiada, en todo o en parte, la garantía o garantías por él otorgadas.

c) El Organismo procurará especialmente garantizar inversiones para las cuales no se dispone de cobertura comparable de aseguradores privados y reaseguradores en términos razonables.

Artículo 22. *Límites de la garantía*

a) A menos que el Consejo determine otra cosa por mayoría especial, el monto total de obligaciones contingentes que puede asumir el Organismo en virtud de este Capítulo, no excederá en ningún momento del ciento cincuenta por ciento del monto del capital suscrito libre de gravámenes del Organismo y sus reservas más la porción de cobertura de reaseguro que la Junta determine. La Junta, de cuando en cuando, examinará el perfil de riesgos de la cartera del Organismo en función de su experiencia respecto de reclamaciones, el grado de diversificación de los riesgos, la cobertura de reaseguros y otros factores pertinentes, con objeto de determinar si debe recomendar al Consejo la modificación del monto total máximo de obliga-

ciones contingentes. En ningún caso, el monto máximo que determine el Consejo podrá exceder de cinco veces el monto del capital suscrito libre de gravámenes del Organismo, sus reservas y la porción de su cobertura de reaseguros que se considere apropiada.

b) Sin perjuicio del límite general de garantía a que se hace referencia en la Sección a) precedente, la Junta puede determinar:

- i) Montos totales máximos de obligaciones contingentes que puedan ser asumidas por el Organismo de acuerdo con este Capítulo para todas las garantías otorgadas a los inversionistas de cada miembro. En la determinación de dichos montos máximos, la Junta prestará debida consideración a la participación proporcional del miembro respectivo en el capital del Organismo y a la necesidad de aplicar limitaciones más liberales con respecto a inversiones que se originen en los países miembros en desarrollo, y
- ii) Montos totales máximos de obligaciones contingentes que puedan ser asumidas por el Organismo con respecto a factores de diversificación de riesgos tales como proyectos individuales, países receptores individualmente considerados y clases de inversión o riesgo.

Artículo 23. *Promoción de las inversiones*

a) El Organismo realizará investigaciones, emprenderá actividades para promover corrientes de inversión y diseminará información sobre oportunidades de inversión en los países miembros en desarrollo, a fin de mejorar las condiciones para las corrientes de inversión extranjera hacia dichos países. El Organismo, a solicitud de un miembro, podrá proporcionar asesoría y asistencia técnica con el objeto de mejorar las condiciones para las inversiones en los territorios de ese miembro. Al realizar estas actividades, el Organismo:

- i) se orientará por los acuerdos de inversión pertinentes celebrados entre países miembros;
- ii) procurará eliminar impedimentos, tanto en los países desarrollados como en desarrollo, a la corriente de inversión hacia los países miembros en desarrollo, y
- iii) coordinará sus actividades con las de otras entidades interesadas en la promoción de la inversión extranjera y en especial la Corporación Financiera Internacional.

b) Además, el Organismo:

- i) alentará el arreglo amistoso de diferencias entre inversionistas y países receptores;
 - ii) se esforzará por celebrar, sujeto a aprobación de la Junta por mayoría especial, acuerdos con los países miembros en desarrollo, en especial con los países receptores potenciales, en los cuales se asegure que el Organismo tenga, con respecto a las inversiones por él garantizadas, un tratamiento por lo menos tan favorable como el acordado por el miembro interesado, en un acuerdo relativo a inversiones, la entidad de garantía de inversiones o el Estado más favorecido, y
 - iii) promoverá y facilitará la celebración de acuerdos entre sus miembros acerca de la promoción y protección de las inversiones.
- c) El Organismo prestará atención especial en sus actividades de promoción a la importancia de acrecentar el flujo de las inversiones entre países miembros en desarrollo.

Artículo 24. *Garantías de inversiones patrocinadas*

Además de las operaciones de garantía que incumben al Organismo conforme a este Capítulo, el Organismo podrá garantizar inversiones en virtud de acuerdos de patrocinio conforme se dispone en el Anexo I de este Convenio.

Capítulo IV

DISPOSICIONES FINANCIERAS

Artículo 25. *Administración financiera*

El Organismo llevará a cabo sus actividades de conformidad con sanas prácticas de negocios y prudentes prácticas de administración financiera con la mira de mantener en toda circunstancia su capacidad para atender sus obligaciones financieras.

Artículo 26. *Primas y comisiones*

El Organismo fijará y examinará periódicamente el nivel de las primas, comisiones y otros cargos, si los hubiere, aplicables a cada clase de riesgo.

Artículo 27. *Distribución de los ingresos netos*

a) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección a) iii) del Artículo 10, el Organismo destinará los ingresos netos a las reservas hasta que éstas alcancen un monto igual a cinco veces el capital suscrito del Organismo.

b) Después de que las reservas del Organismo hayan alcanzado el nivel prescrito en la Sección a) anterior, el Consejo determinará si los ingresos netos del Organismo han de destinarse a las reservas, o distribuirse entre los miembros del Organismo, y en qué medida, o usarse de otra manera. Cualquier distribución de los ingresos netos a los miembros del Organismo se hará en proporción a la participación de cada miembro en el capital del Organismo de conformidad con decisión del Consejo por mayoría especial.

Artículo 28. *Presupuesto*

El Presidente preparará un presupuesto anual de ingresos y gastos del Organismo para su aprobación por la Junta.

Artículo 29. *Cuentas*

El Organismo publicará un Informe Anual que incluirá los estados de sus cuentas y de las cuentas del Fondo Fiduciario de Patrocinio referido en el Anexo I del Convenio, verificados por auditores independientes. El Organismo distribuirá a los miembros, a intervalos apropiados, un estado resumido de su situación financiera y un estado de ganancias y pérdidas que indique los resultados de sus operaciones.

Capítulo V

ORGANIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Artículo 30. *Estructura del Organismo*

El Organismo tendrá un Consejo de Gobernadores, una Junta de Directores, un Presidente y funcionarios que cumplirán las obligaciones que el Organismo determine.

Artículo 31. *El Consejo*

a) Todas las facultades del Organismo residirán en el Consejo, excepto aquellas que, de acuerdo con los términos de este Convenio, se confieran específicamente a otro órgano del Organismo. El Consejo podrá delegar a la Junta el ejercicio de cualquiera de sus facultades, con las siguientes excepciones:

- i) la facultad de admitir nuevos miembros y determinar las condiciones de la admisión;
- ii) la facultad de suspender a un miembro;
- iii) la facultad de decidir un aumento o una disminución del capital;
- iv) la facultad de elevar el límite del monto total de las obligaciones contingentes de conformidad con la Sección a) del Artículo 22;
- v) la facultad de designar a un miembro como país miembro en desarrollo de conformidad con la Sección c) del Artículo 3;
- vi) la facultad de clasificar a un nuevo miembro como integrante de la Categoría Uno o la Categorías Dos para fines de votación de conformidad con la Sección a) del Artículo 39, o de reclasificar a un miembro existente para los mismos fines;
- vii) la facultad de determinar la remuneración de los Directores y sus Suplentes;
- viii) la facultad de dar por finalizadas las operaciones y disolver el Organismo;
- ix) la facultad de distribuir activos a los miembros después de la liquidación, y
- x) la facultad de reformar este Convenio, su Anexo y Apéndices.

b) El Consejo estará integrado por un Gobernador y un Suplente designados por cada miembro en la forma en que el Consejo determine. Ningún suplente podrá votar, salvo en ausencia de su principal. El Consejo seleccionará a uno de los Gobernadores como su Presidente.

c) El Consejo celebrará una reunión anual y las demás reuniones que el propio Consejo determine o que la Junta convoque. La Junta convocará una reunión del Consejo siempre que ésta sea solicitada por cinco miembros o por miembros que tengan el veinticinco por ciento del total de los derechos de voto.

Artículo 32. *La Junta de Directores*

a) La Junta será responsable de las operaciones generales del organismo y, en cumplimiento de esta responsabilidad, adoptará todas las medidas que sean necesarias o estén permitidas en virtud de este Convenio.

b) La Junta constará de no menos de doce Directores. El Consejo podrá ajustar el número de los Directores a fin de tomar en cuenta los cambios que se produzcan en cuanto al número de los miembros del organismo. Cada Director podrá nombrar un Suplente con plenos poderes para actuar en su nombre en caso de ausencia o incapacidad. El Presidente del Banco será presidente *ex officio* de la Junta, pero no tendrá derecho a voto salvo en el caso en que sea menester un voto dirimente, si hay igualdad de resultados en una votación.

c) El Consejo determinará la duración de las funciones de los Directores. En su sesión inaugural, el Consejo constituirá la primera Junta.

d) La Junta se reunirá cuando la convoque su presidente, sea por iniciativa propia o a solicitud de tres Directores.

e) Hasta cuando el Consejo decida que el Organismo tenga una Junta residente que trabaje en forma continua, los Directores y Suplentes recibirán remuneración sólo por el costo que signifique la asistencia a las reuniones de la Junta y el cumplimiento de otras funciones oficiales en nombre del Organismo. Una vez que se establezca una Junta con funciones continuas, los Directores y Suplentes podrán recibir la remuneración que determine el Consejo.

Artículo 33. *Presidente y funcionarios*

a) Bajo la supervisión general de la Junta, el Presidente se ocupará de los asuntos ordinarios del Organismo. Será responsable de la organización y del nombramiento y remoción de los funcionarios.

b) El Presidente será nombrado por la Junta a propuesta de su presidente. El Consejo determinará la remuneración y las condiciones del contrato de servicios del Presidente.

c) En el cumplimiento de sus funciones, el presidente y los funcionarios estarán obligados íntegramente al Organismo y no tendrán compromiso alguno respecto de otra autoridad. Cada miembro del Organismo respetará el carácter internacional de esta obligación y se abstendrá

de tratar de influir sobre el Presidente o los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes.

d) Al nombrar a los funcionarios y al personal, el Presidente, sujeto al interés primordial de asegurar las normas más altas de eficiencia y competencia técnica, prestará debida atención a la importancia que tiene la contratación de personal en el ámbito geográfico más amplio posible.

e) El Presidente y los funcionarios y empleados mantendrán en todo momento el carácter confidencial de la información obtenida en la conducción de las operaciones del Organismo.

Artículo 34. *Prohibición de realizar actividades políticas*

Ni el Organismo ni sus funcionarios interferirán en los asuntos políticos de ningún miembro. Sin perjuicio del derecho del Organismo a tomar en cuenta todas las circunstancias alrededor de una inversión, las decisiones del Organismo y sus funcionarios no estarán influenciadas por el carácter político del miembro o miembros de que se trate. Las consideraciones pertinentes a sus decisiones serán ponderadas imparcialmente a fin de lograr los propósitos establecidos en el artículo 2.

Artículo 35. *Relaciones con otros organismos internacionales*

El Organismo, dentro de los términos de este Convenio, cooperará con la Organización de las Naciones Unidas y con otros organismos intergubernamentales que tengan responsabilidades especializadas en campos afines, incluidos en especial el Banco y la Corporación Financiera Internacional.

Artículo 36. *Ubicación de la sede*

a) La sede del Organismo estará en Washington, D.C., a menos que el Consejo, por mayoría especial, decida ubicarla en otro lugar.

b) El Organismo podrá establecer otras oficinas según sea necesario en relación con su trabajo.

Artículo 37. *Depositarios de los activos*

Cada miembro designará a su banco central como depositario donde el Organismo pueda mantener tenencias en la moneda de dicho miem-

bro u otros activos del Organismo o, en caso de no existir un banco central, designará a tal fin a otra institución que sea aceptable para el Organismo.

Artículo 38. *Comunicación con los miembros*

a) Cada miembro designará una autoridad apropiada con la que pueda comunicarse el Organismo en lo relativo a todas las cuestiones que se susciten en virtud de este Convenio. El Organismo podrá considerar como formuladas por el miembro las declaraciones que haga dicha autoridad. A solicitud de un miembro, el Organismo realizará consultas con él respecto de los asuntos de que tratan los artículos 19 a 21 y que guarden relación con entidades o aseguradores de ese miembro.

b) Cuando sea menester contar con la aprobación de un miembro antes de que el Organismo pueda realizar una acción determinada, se considerará que la aprobación ha sido otorgada a menos que el miembro presente una objeción en un lapso razonable que el Organismo podrá determinar al notificar al miembro acerca de la acción que se propone realizar.

Capítulo VI

DERECHOS DE VOTO, AJUSTES DE LAS SUSCRIPCIONES Y REPRESENTACIÓN

Artículo 39. *Derechos de voto y ajustes de las suscripciones*

a) A fin de proporcionar arreglos de votación que reflejen la igualdad de intereses en el Organismo de las dos categorías de Estados que aparecen en el Apéndice A de este Convenio, así como la importancia de la participación financiera de cada uno de los miembros, cada miembro tendrá 177 votos de adhesión más un voto de suscripción por cada acción que ese miembro tenga en el capital social.

b) Si en cualquier momento dentro de tres años después de la entrada en vigor de este Convenio la suma total de los votos de adhesión y de suscripción de los miembros que pertenecen a cualquiera de las dos categorías de Estados que figuran en el Apéndice A de este Convenio es menor al cuarenta por ciento del total de los derechos de voto, los miembros de la categoría de que se trate tendrán el número de votos suplementarios que sea necesario para que el total de los derechos

de voto de la categoría sea igual a tal porcentaje del total de los derechos de voto. Los votos suplementarios se distribuirán entre los miembros de tal categoría en la proporción que los votos de suscripción de cada uno guarden con el total de los votos de suscripción de la categoría. Tales votos suplementarios estarán sujetos a ajuste automático para asegurar que se mantenga dicho porcentaje y serán cancelados al final del mencionado periodo de tres años.

c) Durante el tercer año siguiente a la entrada en vigor de este Convenio, el Consejo examinará la asignación de acciones y se guiará en su decisión por los siguientes principios:

- i) los votos de los miembros reflejarán las suscripciones efectivas en el capital del Organismo y los votos de adhesión según lo consignado en la sección a) de este artículo;
- ii) las acciones asignadas a los países que no hayan suscrito el Convenio se pondrán a disposición de los miembros para fines de reasignación y de manera tal de hacer posible la paridad de votación entre las dos categorías antes mencionadas, y
- iii) el Consejo tomará las providencias que faciliten la suscripción por los miembros de las acciones asignadas a ellos.

d) Dentro del periodo de tres años estipulado en la sección b) de este Artículo, todas las decisiones del Consejo y de la Junta se tomarán por mayoría especial, salvo que las decisiones que requieran una mayoría más alta en virtud de este Convenio se tomarán por dicha mayoría más alta.

e) En caso de que el capital accionario del Organismo aumente de conformidad con la sección c) del artículo 5, cada miembro que así lo solicite estará autorizado para suscribir una proporción del aumento equivalente a la proporción que guarden sus acciones suscritas hasta entonces con el total del capital accionario del Organismo, pero ningún miembro estará obligado a suscribir parte alguna del aumento del capital.

f) El Consejo dictará los reglamentos relativos a las suscripciones adicionales de que trata la sección e) de este artículo. Tales reglamentos prescribirán límites razonables de tiempo para la presentación de solicitudes de los miembros para hacer tales suscripciones.

Artículo 40. *Votaciones en el Consejo*

a) Cada Gobernador tendrá derecho a emitir los votos del miembro que él representa. Salvo que se especifique otra cosa en este Convenio,

las decisiones del Consejo se tomarán por mayoría de los votos emitidos.

b) Para cualquier reunión del Consejo el quórum estará constituido por la mayoría de los Gobernadores que ejerzan no menos de dos tercios del total de los derechos de voto.

c) El Consejo puede establecer mediante reglamento un procedimiento en virtud del cual la Junta pueda solicitar una decisión del Consejo sobre una cuestión específica sin convocatoria de reunión del Consejo, cuando considere que tal medida corresponde a los mejores intereses del Organismo.

Artículo 41. *Elección de Directores*

a) Los Directores serán elegidos de conformidad con el Apéndice B.

b) Los Directores continuarán en sus funciones hasta la elección de sus sucesores. Si el cargo de un Director queda vacante por más de noventa días antes de finalizado su periodo, los Gobernadores que eligieron a dicho Director elegirán otro para el resto del periodo. Para la elección se requerirá la mayoría de los votos emitidos. En tanto que el cargo permanezca vacante, el Suplente del Director anterior tendrá el ejercicio de las facultades de éste, con la excepción de la de nombrar un suplente.

Artículo 42. *Votaciones en la Junta de Directores*

a) Cada Director tendrá derecho a emitir el número de votos de los miembros cuyos votos contaron para su elección. Todos los votos que un Director tiene derecho a emitir se emitirán como una unidad. Salvo que se especifique otra cosa en este Convenio, las decisiones de la Junta se tomarán por mayoría de los votos emitidos.

b) El quórum para una reunión de la Junta estará constituido por la mayoría de los Directores que tengan no menos de la mitad del total de los derechos de voto.

c) La Junta puede establecer mediante reglamento un procedimiento en virtud del cual su Presidente pueda solicitar una decisión de la Junta sobre una cuestión específica sin convocatoria de reunión de la Junta, cuando considere que tal medida corresponde a los mejores intereses del Organismo.

Capítulo VII

PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

Artículo 43. *Finalidades del capítulo*

A fin de que el Organismo pueda cumplir sus funciones, le serán concedidos en el territorio de cada miembros las inmunidades y privilegios que se estipulan en este capítulo.

Artículo 44. *Acciones judiciales*

Pueden iniciarse contra el Organismo acciones judiciales, distintas de las comprendidas en el alcance de los Artículos 57 y 58, solamente ante tribunal competente con jurisdicción en los territorios de un miembro en el que el Organismo tenga una oficina o haya nombrado un apoderado para efectos de recibir citaciones o notificaciones judiciales. No podrán interponerse tales acciones contra el Organismo i) por los miembros o personas que actúen en su nombre o cuyas reclamaciones provengan de los miembros, ni ii) con respecto a asuntos laborales. Los bienes y activos del Organismo, cualquiera sea su ubicación y quienquiera sea su tenedor, gozarán de inmunidad con respecto a toda forma de embargo, secuestro o ejecución antes de que se dicte sentencia o laudo definitivo contra el Organismo.

Artículo 45. *Activos*

a) Los bienes y activos del Organismo, cualquiera sea su ubicación y quienquiera sea su tenedor, gozarán de inmunidad con respecto a todo registro, requisición, confiscación, expropiación u otra forma de incautación en virtud de medida ejecutiva o legislativa.

b) En la medida necesaria para realizar sus operaciones en virtud de este Convenio, todos los bienes y activos del Organismo estarán exentos de restricciones, reglamentaciones, controles y moratorias de cualquier índole; queda entendido que los bienes y activos adquiridos por el Organismo como sucesor o subrogante del tenedor de una garantía, una entidad reasegurada o un inversionista asegurado por una entidad reasegurada estarán exentos de las restricciones, reglamentaciones y controles de cambio de moneda aplicables y vigentes en los territorios del miembro en cuestión en la medida en que el tenedor, entidad

o inversionista al que subroga el Organismo tenía derecho a dicho tratamiento.

c) A los fines de este capítulo, el término "activos" incluirá los activos del Fondo Fiduciario de Patrocinio a que se hace referencia en el Anexo I de este Convenio y otros activos administrados por el Organismo para la consecución de sus objetivos.

Artículo 46. *Archivos y comunicaciones*

a) Los archivos del Organismo serán inviolables, dondequiera que estén.

b) Las comunicaciones oficiales del Organismo gozarán del mismo tratamiento que cada miembro concede a las comunicaciones oficiales del Banco.

Artículo 47. *Impuestos*

a) El Organismo, sus activos, bienes e ingresos, y sus operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio, estarán exentos de impuestos y derechos arancelarios. El Organismo gozará también de inmunidad respecto de cualquier responsabilidad por la recaudación o pago de todo impuesto o derecho.

b) Salvo en el caso de los nacionales del país, no se recaudarán impuestos sobre las asignaciones para gastos o con respecto a tales asignaciones pagadas por el Organismo a los Gobernadores y sus Suplentes ni sobre los sueldos, asignaciones para gastos u otros emolumentos pagados por el Organismo al Presidente de la Junta, los Directores, los Suplentes, el Presidente o el personal del Organismo, o con respecto a tales sueldos, asignaciones o emolumentos.

c) Ninguna clase de impuestos podrá gravar una inversión garantizada o reasegurada por el Organismo (incluidas las ganancias derivadas de la misma) ni las pólizas de seguro reaseguradas por el Organismo (incluidas las primas y otros ingresos derivados de aquéllas) quienquiera sea su tenedor: i) si tales impuestos fueran discriminatorios contra la inversión o póliza de seguro únicamente en razón de estar garantizada o reasegurada por el Organismo, o ii) si la única base jurisdiccional para tales impuestos fuere la ubicación de cualquier oficina o lugar de negocios que mantenga el Organismo.

Artículo 48. *Funcionarios del Organismo*

Todos los Gobernadores, Directores, Suplentes, el Presidente y el personal del Organismo:

- i) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- ii) cuando no sean nacionales del Estado donde ejercen sus funciones, recibirán las mismas inmunidades respecto de restricciones de inmigración, requisitos sobre registro de extranjeros y obligaciones nacionales de servicio e idénticas facilidades en materia de régimen cambiario que las concedidas por los miembros de que se trate a los representantes, funcionarios y empleados de rango comparable de otros miembros, y
- iii) recibirán en materia de facilidades de viaje el mismo tratamiento que los miembros de que se trate conceden a los representantes, funcionarios y empleados de rango comparable de otros miembros.

Artículo 49. *Aplicación de este capítulo*

Cada miembro tomará las medidas que sean necesarias en sus propios territorios a los fines de poner en efecto con sujeción a sus propias leyes los principios consignados en este Capítulo e informará al Organismo de las medidas específicas que ha tomado.

Artículo 50. *Renuncia*

Las inmunidades, exenciones y privilegios estipulados en este Capítulo se otorgan en interés del Organismo y pueden renunciarse, en la medida y bajo las condiciones que el Organismo determine, en los casos en que tal renuncia no perjudique sus intereses. El Organismo renunciará a la inmunidad de cualquiera de sus funcionarios en los casos en que, según su criterio, la inmunidad impediría el curso de la justicia y pueda renunciarse a ella sin perjudicar los intereses del Organismo.

Capítulo VIII

RETIRO; SUSPENSIÓN DE MIEMBROS; CESACIÓN DE OPERACIONES

Artículo 51. *Retiro*

Después de transcurridos tres años a partir de la fecha en que este Convenio haya entrado en vigor con respecto a un miembro, éste podrá retirarse del Organismo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida a la sede del mismo. El Organismo hará saber al Banco, en su calidad de depositario de este Convenio, que ha recibido dicha notificación. El retiro se hará efectivo noventa días después de la fecha en que el Organismo reciba la notificación referida. El miembro puede revocar dicha notificación en tanto ésta no haya entrado en vigor.

Artículo 52. *Suspensión de miembros*

a) El Consejo, por mayoría de sus miembros que tengan la mayoría del total de los derechos de voto, podrá decidir la suspensión de un miembro del Organismo que deje de cumplir cualquiera de sus obligaciones conforme al presente Convenio.

b) Mientras subsista la suspensión, el miembro estará privado de todo derecho en virtud de este Convenio, salvo en lo que concierne al derecho de retirarse del Organismo y a otros derechos estipulados en este Capítulo y el Capítulo IX, pero continuará sujeto al cumplimiento de todas sus obligaciones.

c) A los efectos de determinar si se cumplen las condiciones para el otorgamiento de una garantía o reaseguro en virtud del Capítulo III o del Anexo I de este Convenio, un miembro suspendido no será considerado como miembro del Organismo.

d) El miembro suspendido dejará automáticamente de ser miembro al cumplirse un año desde la fecha de su suspensión, a menos que el Consejo decida prorrogar el periodo de suspensión o restituir al miembro sus derechos.

Artículo 53. *Derechos y deberes de los Estados que dejan de ser miembros*

a) Cuando un Estado deje de ser miembro, seguirá siendo responsable de todas sus obligaciones, incluidas sus obligaciones contingen-

tes, contraídas en virtud de este Convenio y que hayan estado en vigor antes de la cesación de su calidad de miembro.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección a) precedente, el Organismo llegará a un acuerdo con dicho Estado para el arreglo de sus respectivas reclamaciones y obligaciones. Todos estos arreglos deberán ser aprobados por la Junta.

Artículo 54. *Suspensión de las operaciones*

a) Siempre que la Junta lo considere justificado, podrá suspender el otorgamiento de nuevas garantías por un periodo determinado.

b) En caso de emergencia, la Junta podrá suspender todas las actividades del Organismo por un periodo que no exceda la duración de dicha emergencia, con la condición de que se efectúen los arreglos necesarios para la protección de los intereses del Organismo y de terceros.

c) La decisión de suspender las operaciones no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones de los miembros emanadas de este Convenio ni sobre las obligaciones del Organismo respecto de los tenedores de una garantía o póliza de reaseguro o respecto de terceros.

Artículo 55. *Liquidación*

a) El Consejo, por mayoría especial, podrá disponer la cesación de las operaciones del Organismo y su liquidación. En tal caso, el Organismo cesará inmediatamente todas sus actividades, con excepción de aquellas necesarias para la ordenada liquidación, conservación y protección de sus activos y finiquito de sus obligaciones. Hasta que se haya efectuado la liquidación definitiva y la distribución de los activos, el Organismo se mantendrá en existencia y todos los derechos y obligaciones de los miembros en virtud de este Convenio continuarán vigentes en toda su integridad.

b) No se hará distribución alguna de los activos a los miembros hasta que no se hayan satisfecho todas las obligaciones con los tenedores de garantías y otros acreedores o se hayan tomado providencias para satisfacerlas y hasta que el Consejo haya decidido proceder a dicha distribución.

c) Con sujeción a las disposiciones precedentes, el Organismo distribuirá sus activos restantes a los miembros en proporción a las sumas aportadas por cada uno de ellos al capital suscrito. El Organismo dis-

tribuirá también a los miembros patrocinadores todos los activos restantes del Fondo Fiduciario de Patrocinio a que se hace referencia en el Anexo I de este Convenio en la proporción que tengan las inversiones patrocinadas por cada uno de ellos con el total de las inversiones patrocinadas. Ningún miembro tendrá derecho a su porción en los activos del Organismo o del Fondo Fiduciario de Patrocinio a menos que dicho miembro haya satisfecho todas las reclamaciones pendientes del Organismo en su contra. Cada distribución de los activos se efectuará en las fechas que determine el Consejo y en la forma que considere justa y equitativa.

Capítulo IX

ARREGLO DE DIFERENCIAS

Artículo 56. Interpretación y aplicación del Convenio

a) Toda cuestión de interpretación o de aplicación de las disposiciones de este Convenio que surja entre un miembro del Organismo y el Organismo o entre sus miembros se presentará a la Junta para que ésta adopte una decisión. Todo miembro que se vea especialmente afectado por la cuestión y que no esté representado en otra forma por un nacional en la Junta podrá enviar un representante para que asista a las reuniones de ésta en las que se considere dicha cuestión.

b) En todos los casos en que la Junta ha tomado una decisión en virtud de la Sección a) anterior, un miembro podrá requerir que la cuestión sea remitida al Consejo, cuya decisión será definitiva. Con sujeción al resultado de la remisión al Consejo, el Organismo, en la medida en que lo considere necesario, podrá actuar sobre la base de la decisión de la Junta.

Artículo 57. Diferencias entre el Organismo y sus miembros

a) Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 56 y de la Sección b) de este Artículo, cualquier diferencia entre el Organismo y un miembro o una dependencia del mismo y cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado de ser miembro del Organismo, se arreglará de conformidad con el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio.

b) Las diferencias relativas a reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista se arreglarán de conformidad con i) el procedimiento estipulado en el Anexo II de este Convenio, o ii) un acuerdo a celebrarse entre el Organismo y el miembro interesado acerca de uno o más métodos alternativos para el arreglo de tales diferencias. En este último caso, el Anexo II de este Convenio servirá como base para dicho acuerdo, el cual, en cada caso, será aprobado por la Junta por mayoría especial antes de que el Organismo emprenda operaciones en los territorios del miembro de que se trate.

Artículo 58. Diferencias en las que intervienen tenedores de una garantía o reaseguro

Toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o de reaseguro entre las partes del mismo se someterá a arbitraje para laudo final de conformidad con las reglas que se estipulen o mencionen en el contrato de garantía o de reaseguro.

Capítulo X

ENMIENDAS

Artículo 59. Enmiendas introducidas por el Consejo

a) El presente Convenio y sus Anexos podrán ser enmendados mediante el voto de tres quintas partes de los Gobernadores que representen cuatro quintos del total de los derechos de voto; queda entendido, sin embargo,

- i) Que toda enmienda que modifique el derecho de retirarse del Organismo, estipulado en el artículo 51, o la limitación de responsabilidad estipulada en la sección d) del artículo 8, requerirán el voto afirmativo de todos los Gobernadores, y
- ii) Que toda enmienda que modifique el sistema de participación en las pérdidas establecido en los artículos 1 y 3 del Anexo I de este Convenio que produzca un aumento de la obligación de cualquier miembro en virtud de dicho sistema, requerirá el voto afirmativo del Gobernador del miembro en cuestión.

b) Los Apéndices A y B de este Convenio podrán ser modificados por el Consejo por mayoría especial.

c) Si una enmienda afecta cualquier disposición del Anexo I de este Convenio, el total de los votos incluirá los votos adicionales asignados en virtud del artículo 7 de dicho Anexo a los miembros patrocinadores y a los países receptores de inversiones patrocinadas.

Artículo 60. *Procedimiento*

Toda propuesta de enmienda a este Convenio, ya sea que emane de un miembro, o de un Gobernador o de un Director, se comunicará al Presidente de la Junta, quien la someterá a consideración de ésta. Si la Junta recomienda la enmienda propuesta, se la presentará al Consejo para su aprobación, de conformidad con el artículo 59. Cuando una enmienda haya sido debidamente aprobada por el Consejo, el Organismo lo hará constar así en comunicación oficial dirigida a todos los miembros. Las enmiendas entrarán en vigor para todos los miembros noventa días después de la fecha de la comunicación oficial, salvo que el Consejo especifique una fecha distinta.

Capítulo XI

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 61. *Entrada en vigor*

a) Este Convenio quedará abierto a la firma de todos los miembros del Banco y de Suiza y estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios de conformidad con sus procedimientos constitucionales.

b) Este Convenio entrará en vigor en la fecha en que se hayan depositado no menos de cinco instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación en nombre de los Estados signatarios de la Categoría Uno, y no menos de quince de dichos instrumentos en nombre de los Estados signatarios de la Categoría Dos; queda entendido, sin embargo, que el total de las suscripciones de estos Estados deberá sumar no menos de un tercio del capital autorizado del Organismo, según lo determinado en el artículo 5.

c) Para cada Estado que deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación después de que este Convenio haya entrado en vigor, el Convenio entrará en vigor en la fecha de tal depósito.

d) Si este Convenio no hubiere entrado en vigor dos años después de haber sido abierto a la firma, el Presidente del Banco convocará a una conferencia de los países interesados a fin de determinar el futuro rumbo de acción.

Artículo 62. *Reunión inaugural*

Cuando este Convenio entre en vigor, el Presidente del Banco convocará la reunión inaugural del Consejo que se celebrará en la sede del Organismo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que este Convenio haya entrado en vigor o tan pronto como fuere posible después de esa fecha.

Artículo 63. *Depositario*

Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y las enmiendas de éste se depositarán en el Banco, el cual actuará como depositario de este Convenio. El depositario enviará ejemplares certificados del Convenio a los Estados miembros del Banco y a Suiza.

Artículo 64. *Registro*

El depositario registrará este Convenio en la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y los Reglamentos de la misma adoptados por la Asamblea General.

Artículo 65. *Notificación*

El depositario notificará a todos los Estados signatarios y, cuando entre en vigor este Convenio, al Organismo respecto de lo siguiente:

- a) las firmas de este Convenio;
- b) los depósitos de los instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación, de conformidad con el artículo 63;
- c) la fecha en que este Convenio entre en vigor de conformidad con el artículo 61.
- d) las exclusiones de la aplicación territorial de conformidad con el artículo 66, y

e) el retiro de un miembro del Organismo de conformidad con el artículo 51.

Artículo 66. *Aplicación territorial*

Este Convenio se aplicará a todos los territorios que estén bajo la jurisdicción de un miembro, incluidos los territorios de cuyas relaciones internacionales el miembro es responsable, salvo aquellos que sean excluidos por dicho miembro mediante notificación escrita dirigida al depositario de este Convenio ya sea en el momento en que se efectúe la ratificación, aceptación o aprobación, o posteriormente.

Artículo 67. *Revisiones periódicas*

a) El Consejo llevará a cabo periódicamente revisiones detalladas de las actividades del Organismo, así como de los resultados logrados con miras a efectuar las modificaciones requeridas a fin de aumentar la capacidad del Organismo para atender sus objetivos.

b) La primera de tales revisiones tendrá lugar cinco años después de que entre en vigor este Convenio. Las fechas de las revisiones ulteriores las determinará el Consejo.

HECHO en Seúl, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma al pie de este instrumento su conformidad para el desempeño de las funciones que se le encomiendan en este Convenio.

Anexo I

GARANTÍAS DE INVERSIONES PATROCINADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 24

Artículo 1. *Patrocinio*

a) Cualquier miembro podrá patrocinar la garantía de una inversión que se propongan efectuar un inversionista de cualquier nacionalidad o inversionistas de una o varias nacionalidades.

b) Con sujeción a las disposiciones de las Secciones b) y c) del Artículo 3 de este Anexo, cada miembro patrocinador compartirá con los demás miembros patrocinadores las pérdidas amparadas por garantías

de inversiones patrocinadas, cuando dichas pérdidas no puedan cubrirse con cargo al Fondo Fiduciario de Patrocinio mencionado en el artículo 2 de este Anexo y en la medida en que no puedan cubrirse de esa manera, en la proporción que haya entre el monto máximo de las obligaciones contingentes patrocinadas por el miembro patrocinador en cuestión y el monto máximo de las obligaciones contingentes contraídas en virtud de garantías de inversiones patrocinadas por todos los miembros.

c) En sus decisiones acerca del otorgamiento de garantías en virtud de este Capítulo, el Organismo tomará debidamente en cuenta las perspectivas de que el miembro patrocinador esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones conforme a este Capítulo y dará prioridad a las inversiones copatrocinadas por los países receptores interesados.

d) El Organismo consultará periódicamente con los miembros patrocinadores respecto de sus operaciones en virtud de este Capítulo.

Artículo 2. *Fondo Fiduciario de Patrocinio*

a) Las primas y otros ingresos atribuibles a garantías de inversiones patrocinadas, entre ellos los rendimientos de la inversión de tales primas e ingresos, se mantendrán en una cuenta separada que se denominará Fondo Fiduciario de Patrocinio.

b) Todos los gastos administrativos y los pagos por concepto de reclamaciones atribuibles a garantías otorgadas en virtud de este Anexo se pagarán con cargo al Fondo Fiduciario de Patrocinio.

c) Los activos del Fondo Fiduciario de Patrocinio se mantendrán y administrarán por cuenta conjunta de los miembros patrocinadores y se mantendrán separados y aparte de los activos del Organismo.

Artículo 3. *Requerimientos de pago a los miembros patrocinadores*

a) En la medida en que un monto sea pagadero por el Organismo en razón de una pérdida cubierta por una garantía patrocinada y no pueda pagarse con cargo a los activos del Fondo Fiduciario de Patrocinio, el Organismo requerirá a cada miembro patrocinador el pago a dicho Fondo de la proporción correspondiente del monto mencionado, según se determine de conformidad con la Sección b) del Artículo 1 de este Anexo.

b) Ningún miembro estará obligado a pagar monto alguno por concepto de un requerimiento de conformidad con las disposiciones de este

Artículo si a consecuencia de ello los pagos totales hechos por ese miembro fueren superiores al monto total de las garantías que cubran las inversiones por él patrocinadas.

c) Al momento de expirar una garantía que cubra una inversión patrocinada por un miembro, la obligación de ese miembro disminuirá en una suma equivalente al monto de dicha garantía; la mencionada obligación disminuirá también en forma prorrateada luego del pago por el Organismo de una reclamación relacionada con una inversión patrocinada y en caso contrario continuará en vigor hasta la expiración de todas las garantías de las inversiones patrocinadas vigentes al momento de dicho pago.

d) Si algún miembro patrocinador no estuviere obligado en relación con un monto de un requerimiento de conformidad con las disposiciones de este Artículo en razón de las limitaciones contenidas en las Secciones b) y c) precedentes, o si un miembro patrocinador no pagare una suma que deba en virtud de tal requerimiento, la obligación de pagar dicha suma será compartida en forma prorrateada por los otros miembros patrocinadores. La responsabilidad de los miembros de conformidad con esta Sección se sujetará a la limitación estipulada en las Secciones b) y c) precedentes.

e) Todo pago de un miembro patrocinador de conformidad con un requerimiento en virtud de este Artículo se efectuará con prontitud y en moneda de libre uso.

Artículo 4. Valoración de monedas y reembolsos

Las disposiciones sobre valoración de monedas y reembolsos contenidas en este Convenio a propósito de las suscripciones de capital se aplicarán *mutatis mutandis* a los fondos pagados por los miembros por cuenta de inversiones patrocinadas.

Artículo 5. Reaseguro

a) El Organismo, con arreglo a las condiciones estipuladas en el Artículo 1 de este Anexo, podrá otorgar reaseguros a un miembro, a una dependencia del mismo, a un organismo regional definido como tal en la Sección a) del Artículo 20 de este Convenio, o a un asegurador privado de un país miembro. Las disposiciones de este Capítulo relativas a las garantías y las de los Artículos 20 y 21 de este Convenio se aplicarán *mutatis mutandis* a los reaseguros otorgados en virtud de esta Sección.

b) El Organismo podrá obtener reaseguro para las inversiones garantizadas por él conforme a este Anexo y satisfará el costo de dicho reaseguro con cargo al Fondo Fiduciario de Patrocinio. La Junta podrá decidir si la obligación de los miembros patrocinadores de participación en las pérdidas que se mencionan en la Sección b) del Artículo 1 de este Anexo, puede reducirse en razón de la cobertura de reaseguro obtenida, y en qué medida.

Artículo 6. Principios de operación

Sin perjuicio de lo estipulado en este Anexo, las disposiciones relativas a las operaciones de garantía contenidas en el Capítulo III de este Convenio y las relativas a la administración financiera contenidas en el Capítulo IV de este Convenio se aplicarán *mutatis mutandis* a las garantías de inversiones patrocinadas, salvo que i) tales inversiones reunirán los requisitos para el patrocinio si son hechas por un inversionista o inversionistas admisibles con arreglo a la Sección a) del Artículo 1 de este Anexo en los territorios de cualquier miembro y en especial de un país miembro en desarrollo, y ii) el Organismo no estará obligado con respecto a sus propios activos por razón de una garantía o reaseguro otorgados con arreglo a este Anexo y así lo estipulará expresamente todo contrato de garantía o reaseguro que se celebre de conformidad con este Anexo.

Artículo 7. Derechos de voto

En cuanto a las decisiones relativas a inversiones patrocinadas, cada miembro patrocinador tendrá un voto adicional por el equivalente de cada DEG 10,000 del monto garantizado o reasegurado sobre la base de su patrocinio, y cada miembro que auspicie una inversión patrocinada tendrá un voto adicional por el equivalente de cada DEG 10,000 del monto garantizado o reasegurado con respecto a cualquier inversión patrocinada auspiciada por él. Tales votos adicionales se emitirán solamente en cuanto a las decisiones relativas a inversiones patrocinadas y por lo demás no se tomarán en cuenta para la determinación de los derechos de voto de los miembros.

Anexo II

ANEXO SOBRE EL ARREGLO DE DIFERENCIAS ENTRE UN MIEMBRO
Y EL ORGANISMO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 57Artículo 1. *Aplicación del Anexo*

Todas las diferencias comprendidas en los términos del Artículo 57 de este Convenio se resolverán de conformidad con el procedimiento estipulado en este Anexo, salvo en los casos en que el Organismo haya celebrado un acuerdo con un miembro de conformidad con la Sección b) ii) del Artículo 57.

Artículo 2. *Negociación*

Las partes en una diferencia comprendida en los términos de este Anexo tratarán de resolver tal diferencia mediante negociación antes de recurrir a la conciliación o arbitraje. Se considerarán agotadas las negociaciones si las partes no logran llegar a un arreglo dentro de un periodo de ciento veinte días a partir de la fecha en que se solicitó iniciar las negociaciones.

Artículo 3. *Conciliación*

a) Si la diferencia no se resuelve mediante negociación, cualquiera de las partes puede someter la diferencia a arbitraje de conformidad con las disposiciones del Artículo 4 de este Anexo, a menos que las partes, mediante acuerdo mutuo, hayan decidido recurrir primero al procedimiento de conciliación estipulado en este Artículo.

b) En el acuerdo para recurrir a la conciliación se especificarán la cuestión controvertida, las reclamaciones de las partes respecto de la misma y, si estuviere disponible, el nombre del conciliador convenido por las partes. A falta de acuerdo con respecto al conciliador, las partes podrán solicitar conjuntamente ya sea al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo denominado CIADI) o al Presidente de la Corte Internacional de Justicia el nombramiento de un conciliador. Se dará por terminado el procedimiento de conciliación si no se ha nombrado al conciliador dentro de noventa días después del acuerdo para recurrir a la conciliación.

c) A menos que se estipule lo contrario en este Anexo o que así se convenga entre las partes, el conciliador determinará las normas que regirán el procedimiento de conciliación y, en este aspecto, se guiará por las normas de conciliación adoptadas de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

d) Las partes cooperarán de buena fe con el conciliador y, en particular, le proporcionarán toda la información y documentación que le pueda brindar asistencia en el cumplimiento de sus funciones; prestarán la más seria consideración a las recomendaciones del conciliador.

e) A menos que las partes convengan lo contrario, el conciliador, en un periodo que no sea mayor de ciento ochenta días desde la fecha de su nombramiento, presentará a las partes un informe en el que se registrarán los resultados de sus esfuerzos y se expondrán las cuestiones que motivan la diferencia entre las partes así como su propuesta para resolverla.

f) Dentro de los sesenta días a partir de la fecha de presentación del informe, cada parte expresará a la otra parte, por escrito, su opinión acerca del informe.

g) Ninguna de las partes de un procedimiento de conciliación tendrá derecho a recurrir al arbitraje a menos:

- i) Que el conciliador no haya presentado su informe dentro del periodo determinado en la Sección e) anterior, o
- ii) Que las partes no hayan aceptado ninguna de las propuestas comprendidas en el informe dentro de los sesenta días después de haberlo recibido, o
- iii) Que después de haber intercambiado opiniones acerca del informe, las partes no hayan podido llegar a un arreglo sobre todas las materias controvertidas, dentro de los sesenta días después de haber recibido el informe del conciliador, o
- iv) Que una de las partes no haya expresado su opinión acerca del informe como se estipula en la Sección f) anterior.

h) A menos que las partes convinieren en otra cosa, los honorarios del conciliador serán determinados sobre la base de las tasas aplicables a los procedimientos de conciliación del CIADI. Estos honorarios y las demás costas del procedimiento de conciliación serán sufragados por las partes en montos iguales. Cada una de las partes sufragará sus propios gastos.

Artículo 4. Arbitraje

a) Los procedimientos de arbitraje se instituirán por medio de una notificación de la parte que procura el arbitraje (el actor) dirigida a la otra parte o partes en la diferencia (el demandado). La notificación especificará la índole de la diferencia, la reparación que se pretende y el nombre del árbitro designado por el actor. Dentro de los treinta días después de la fecha en que reciba la notificación, el demandado hará saber al actor el nombre del árbitro nombrado por él. En un periodo de treinta días a partir de la fecha de nombramiento del segundo árbitro, las dos partes seleccionarán un tercero, que actuará como presidente del Tribunal de Arbitraje (el Tribunal).

b) Si el Tribunal no se hubiere constituido dentro de los sesenta días a partir de la fecha de la notificación, el árbitro no nombrado todavía o el Presidente aún no seleccionado, será nombrado a petición conjunta de las partes por el Secretario General del CIADI. A falta de tal petición conjunta, o si el Secretario General dejare de hacer el nombramiento dentro de treinta días a partir de la petición, cualquiera de las partes podrá solicitar que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia haga el nombramiento.

c) Ninguna de las partes tendrá derecho a cambiar el árbitro que haya nombrado una vez que ha comenzado la vista de la causa. En el caso de que algún árbitro (incluido el Presidente del Tribunal) renunciare, falleciere o quedare incapacitado, se designará un sucesor en la misma forma seguida para el nombramiento de su antecesor, y cada sucesor tendrá las mismas facultades y deberes del árbitro al que suceda.

d) El Tribunal se reunirá primero en la fecha y lugar que determine el Presidente. Con posterioridad, el Tribunal determinará el lugar y fechas de sus reuniones.

e) A menos que se estipule lo contrario en este Anexo o que las partes convengan en otra cosa, el Tribunal determinará su forma de proceder y en este aspecto se guiará por las normas de arbitraje adoptadas de conformidad al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

f) El Tribunal será juez de su propia competencia, salvo que, si se plantea una objeción ante el Tribunal en el sentido de que la diferencia corresponde a la jurisdicción de la Junta o del Consejo en virtud del Artículo 56 o a la jurisdicción de un órgano judicial o arbitral designado en un acuerdo en virtud del Artículo 1 de este Anexo y el Tribunal reconoce que la objeción es legítima, la objeción será remitida

por el Tribunal a la Junta o al Consejo o al órgano designado, según sea el caso, y el procedimiento de arbitraje será suspendido hasta que se haya alcanzado una decisión al respecto, la cual será obligatoria para el Tribunal.

g) En cualquier diferencia comprendida dentro del alcance de este Anexo, el Tribunal aplicará las disposiciones de este Convenio, las de cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, las de los estatutos y reglamentos del Organismo, las normas aplicables del derecho internacional, el derecho interno del miembro de que se trate, y las disposiciones aplicables del contrato de inversión, si las hubiere. Sin perjuicio de las disposiciones de este Convenio, el Tribunal puede decidir una diferencia *ex aequo et bono* si el Organismo y el miembro interesado así lo convinieren. El Tribunal no dará un veredicto de *non liquet* basado en el silencio u oscuridad de la ley.

h) El Tribunal dará a todas las partes una audiencia justa. Todas las decisiones del Tribunal se tomarán por voto mayoritario y enunciarán las razones en las que se basan. El laudo del Tribunal se dará por escrito y estará firmado como mínimo por dos árbitros, y se enviará una copia del mismo a cada parte. El laudo será definitivo y obligatorio para las partes y no estará sujeto a apelación, anulación o enmienda.

i) Si surgiera una diferencia entre las partes con respecto al significado o el alcance de un laudo, dentro de los sesenta días después de dictarse el laudo cualquiera de ellas puede pedir interpretación del mismo mediante solicitud por escrito al Presidente del Tribunal que dictó el laudo. Si fuere posible, el Presidente presentará la solicitud al Tribunal que dictó el laudo y convocará a dicho Tribunal dentro de los sesenta días siguientes al recibo de la solicitud. Si esto no fuera posible, se constituirá un nuevo tribunal de conformidad con las disposiciones de las Secciones a) a d) anteriores. El Tribunal podrá suspender al ejecución del laudo hasta que adopte una decisión sobre la interpretación solicitada.

j) Todo miembros reconocerá como obligatorio y ejecutable dentro de sus territorios un laudo dictado de conformidad con este artículo, tal como si se tratase de sentencia definitiva de un tribunal de ese miembro. La ejecución del laudo se regirá por las leyes relativas a la ejecución de sentencias que se encuentren en vigor en el Estado en cuyos territorios se pretenda tal ejecución y no se entenderá como derogatoria de la ley vigente relativa a la inmunidad en materia de ejecución.

k) A menos que las partes acuerden otra cosa, los honorarios y remuneraciones que han de pagarse a los árbitros serán determinados

sobre la base de las tasas que se aplican a los arbitrajes del CIADI. Cada parte sufragará sus propias costas relacionadas con los procedimientos de arbitraje. Las costas del Tribunal estarán a cargo de las partes en proporción igual, a menos que el Tribunal decida otra cosa. Toda cuestión relativa a la división de las costas del Tribunal o el procedimiento de pago de dichas costas será decidida por el Tribunal.

Artículo 5. *Notificaciones*

Las notificaciones relativas a cualquier actuación que se realicen en virtud de este Anexo se harán por escrito. Las hará el Organismo a la autoridad designada por el miembro interesado de conformidad con el Artículo 38 de este Convenio y dicho miembro las hará en la oficina principal del Organismo.

LIBERALIZACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LAS FRANQUICIAS EN MÉXICO

John B. McKNIGHT
Carlos MÜGGENBURG R. V.*

Dentro de un movimiento tendiente a liberalizar radicalmente los procedimientos para la transferencia y licencia de tecnología, patentes, marcas, conocimientos técnicos, programas de cómputo y diversos tipos de asesoría y servicios técnicos, el Gobierno mexicano dio a conocer el 9 de enero de 1990, la adopción de nuevas disposiciones legales al respecto (el "Reglamento").¹ El Reglamento deja sin efectos al reglamento que había estado en vigor desde 1982 (el "Reglamento de 1982").² El nuevo Reglamento implica una liberalización muy importante respecto del Reglamento de 1982 y por primera vez, expresamente se reconoce a las "franquicias" bajo la legislación mexicana.

En tanto que el nuevo Reglamento abroga al Reglamento de 1982, la ley conforme a la cual fue expedido (la "Ley de Transferencia de Tecnología"),³ permanece en sus términos originales, tal y como fue publicada en 1982. La Ley de Transferencia de Tecnología exige que prácticamente todos los contratos relacionados con la transferencia o licencia de diversos tipos de tecnología, incluyendo los contratos de franquicia,⁴ sean sometidos a inscripción en el Registro Nacional de

* Los autores agradecen a Joyce G. Mazero de la Firma Locke Purnell Rain Harrell de la ciudad de Dallas, Texas, EUA, su contribución en la elaboración de este artículo. Este artículo es una traducción adaptada de los publicados originalmente en idioma inglés en *Newsletter of The International Law Section, State Bar of Texas* y *The Franchise Law Journal* (1990).

¹ Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1990 (en lo sucesivo el "Reglamento").

² Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, Diario Oficial de la Federación del 25 de noviembre de 1982 (en lo sucesivo el "Reglamento de 1982").

³ Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, Diario Oficial del 11 de enero de 1982 (en lo sucesivo la "Ley de Transferencia de Tecnología").

⁴ Todas las referencias a contratos de tecnología incluyen a los contratos de franquicia. Con anterioridad al reconocimiento expreso del "contrato de franquicia"

Transferencia de Tecnología (el "Registro")⁵ previa aprobación de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (la "Secretaría"). Los contratos de tecnología que no son registrados o cuyo registro es cancelado son nulos y no tienen validez bajo las leyes mexicanas.⁶ La Ley de Transferencia de Tecnología establece dieciocho supuestos bajo los cuales puede ser negado el registro de contratos de tecnología; dentro de dichos supuestos se incluyen restricciones para las partes en los contratos de tecnología prohibiéndoles que a) permitan al proveedor regular o intervenir en la administración del adquirente, b) obliguen al adquirente a ceder al proveedor cualquier nueva tecnología que obtenga el primero, c) impidan al adquirente llevar a cabo programas de investigación y desarrollo, d) obliguen al receptor a adquirir equipo o materias primas de una fuente determinada cuando existan otras alternativas, e) impongan al adquirente volúmenes de producción o precios de venta y reventa, f) obliguen al adquirente a mantener en forma confidencial la tecnología con posterioridad a la terminación del contrato respectivo, g) obliguen al adquirente a pagar una regalía desproporcionada con relación al valor de la tecnología adquirida y h) establezcan plazos de vigencia de los contratos de tecnología mayores a diez años.⁷ El Reglamento de 1982 contempló una serie de aclaraciones y excepciones a los supuestos de negación de inscripción de contratos establecidos en la Ley de Transferencia de Tecnología. Sin embargo, la generalidad utilizada en la redacción de tales supuestos ocasionaron

bajo el nuevo Reglamento, los contratos de franquicia eran tratados como contratos de tecnología que contemplaban licencia de marca y asistencia técnica. El tratamiento de los contratos de tecnología bajo el Reglamento sigue incluyendo de manera general a los contratos de franquicia. Consecuentemente las referencias al proveedor, otorgante o la entidad que suministra la tecnología, incluyen al otorgante de la franquicia y las referencias al adquirente, o entidad que recibe la tecnología incluyen al receptor de la misma.

⁵ "Registro Nacional de Transferencia de Tecnología", Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 8. El Registro depende de la Dirección General de Desarrollo Tecnológico, la cual tiene además a su cargo el registro de los derechos de propiedad industrial (patentes y marcas por ejemplo). El Registro y la Dirección General parte de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

⁶ *Ibid.*, art. 11. Además, puede imponerse una multa equivalente al monto de la operación o hasta 10,000 veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal.

⁷ *Ibid.*, arts. 7, 15 y 16. Véase lista completa de causas de negativa de inscripción establecidas en los artículos 16 y 17 de la Ley de Transferencia de Tecnología en González y Mazero, *Franchising in Mexico: Breaking with Tradition*, 7 *Franchise L. J.* 3, 4, & 27 (Summer 1987). El artículo 7 de la Ley de Transferencia de Tecnología establece que todos los contratos presentados por inscripción se rijan por las leyes mexicanas o por tratados internacionales de los que México sea parte.

normalmente el rechazo inicial de un número importante de contratos presentados a la Secretaría, lo que llevó sistemáticamente a las partes a renegociarlos, a efecto de poder cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley de Transferencia de Tecnología y lograr así que quedaran registrados. Dichas renegociaciones generalmente afectaron de manera desfavorable a los otorgantes.

Al dar a conocer el nuevo Reglamento, la Secretaría indicó que era su intención devolver a las partes contratantes la responsabilidad de la negociación de los términos y condiciones de la transferencia de tecnología, establecer nuevos mecanismos para el registro de contratos de franquicia, proporcionar protección adicional a los secretos industriales y reducir las facultades discrecionales del gobierno en el proceso de registro.⁸

Aun cuando es muy pronto para emitir un juicio acerca del éxito del Reglamento, desde el punto de vista del otorgante de la franquicia extranjero, el Reglamento parece presentar una liberalización significativa de las condiciones para llevar a cabo negocios en México.

Igualmente, desde el punto de vista de los otorgantes de franquicias extranjeros, el Reglamento introduce cuatro cambios de importancia. El Reglamento a) define al "contrato de franquicia", b) contempla el registro de un contrato de franquicia "modelo", c) establece una excepción general a las restricciones contenidas en la Ley de Transferencia de Tecnología, en la medida en que el contrato de franquicia traiga aparejado por lo menos, uno de los nuevos beneficios (para México) contenidos en una lista, y d) liberaliza disposiciones importantes específicas en la relación de franquicia en general. A continuación se explica y analiza la importancia de estos cambios.

I. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Por primera vez se reconoce a la franquicia, de manera expresa bajo la legislación mexicana, como una forma de hacer negocios y al efecto el Reglamento define al "contrato de franquicia" como sigue:

Un Contrato de Franquicia es aquel en que [el proveedor de la franquicia], además de conceder al [receptor de la franquicia], el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales, transmite conocimientos técnicos o proporciona asistencia

⁸ Ver Programa Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior 1990-1994, publicado el 15 de enero de 1990 por la Secretaría (en lo sucesivo el "Programa").

técnica, en los términos de los incisos a), f), g) y h) del artículo 2o. de la Ley de [Transferencia de Tecnología],⁹ con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del [otorgante de la franquicia], independientemente [de lo establecido] en alguno otro de los supuestos [mencionados en dicho artículo].¹⁰

La inclusión de la definición anterior en el Reglamento es de gran importancia. Al hacerlo el gobierno no solamente ha reconocido el valor de las franquicias como una forma de llevar a cabo negocios, sino que además ha mostrado su aceptación, por parte de los políticos que formulan los principios económicos a ser aplicados, al haber aceptado formas internacionalmente reconocidas de hacer negocios. Anteriormente, la simple utilización del concepto "franquicia" en los contratos que eran presentados para inscripción, era materia de crítica por parte de la Secretaría. Dicha crítica era consecuencia no solamente de la poca importancia que el Gobierno Mexicano atribuía a la utilización de marcas y al aprovechamiento de servicios de administración y asesoría comercial provenientes del extranjero, sino también consecuencia del hecho de que el significado tradicional en español, del término "franquicia", no tiene relación alguna con su significado en el idioma inglés.¹¹ Consecuentemente, la inclusión de la definición del "contrato de franquicia" en el Reglamento revela la importancia que las autoridades mexicanas le atribuyen y el papel que esperan desempeñe en el desarrollo de la economía mexicana.

II. DISPOSICIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE FRANQUICIA MODELO

Además de incluir la definición del "contrato de franquicia", el Reglamento establece disposiciones que permiten la inscripción de contra-

⁹ El artículo 2 de la Ley de Transferencia de Tecnología exige la aprobación y registro de todos los contratos, convenios y documentos que se relacionen con la transferencia de distintos tipos de tecnología incluyendo licencia de marcas (párrafo a)), licencia de nombres comerciales (párrafo f)), transferencia de conocimientos técnicos a través de planos, diagramas, modelos, manuales, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades (párrafo g) y asistencia técnica en cualquier otra forma que ésta se preste (párrafo h)).

¹⁰ Reglamento, *supra* nota 1, art. 23.

¹¹ "Franquicia" significa exención en el pago de derechos o impuestos cuando se importa o exporta algo o cuando se presta un servicio público. Véase *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970-1981, p. 634.

tos de franquicia modelo.¹² El Reglamento contempla que una vez que un contrato de franquicia ha sido inscrito y la Secretaría ha expedido la constancia de inscripción respectiva, el otorgante de la franquicia puede celebrar un número ilimitado de contratos de franquicia, siempre y cuando dichos contratos incluyan los números de expediente y folio bajo los cuales el contrato de franquicia modelo (y cualquier modificación al mismo) haya quedado inscrito y que cada seis meses el otorgante de la franquicia presente al Registro, ejemplares firmados de los contratos de franquicia celebrados dentro del periodo de seis meses anterior.¹³ Es de suponerse que la presentación de tales contratos de franquicia se lleva a cabo para fines más bien informativos que de una estricta aprobación. El Reglamento establece además un procedimiento idéntico para que los receptores de franquicias inscriban contratos de subfranquicia modelo y presenten los mismos con base en el contrato de subfranquicia modelo registrado, en la medida en que el otorgante de la franquicia haya autorizado al receptor de la misma a celebrar tales contratos de subfranquicia con terceros.¹⁴ Por supuesto que, cualquier modificación al contrato de franquicia modelo inscrito y cualesquiera diferencias contenidas en los contratos de franquicia o de subfranquicia con respecto al contrato de franquicia modelo, deben ser presentadas para aprobación y registro.¹⁵

En cada caso en que los contratos de franquicia o subfranquicia sean celebrados bajo términos y condiciones diferentes de los contenidos en el contrato de franquicia modelo registrado o de que cualquier contrato de franquicia o subfranquicia no sea presentado dentro del periodo de seis meses mencionado, se puede imponer una multa por el equivalente

¹² Reglamento, *supra* nota 1, art. 24.

¹³ *Ibid.*, arts. 24 y 26. Debe enfatizarse en el cumplimiento preciso de los requisitos de presentación para lograr y mantener la validez de los contratos que deban ser registrados. Si por ejemplo no se indican los números de folio y de expediente del contrato de franquicia modelo, en un contrato de franquicia posteriormente celebrado y presentado, la validez de este último sería cuestionable conforme al propio Reglamento.

¹⁴ *Ibid.*, arts. 25 y 26. Salvo que del contexto se desprenda otra cosa, todas las referencias en este artículo a subfranquicia modelo.

¹⁵ *Ibid.*, art. 24. Es la opinión de los autores conforme al Reglamento que un contrato de franquicia o de subfranquicia modelo, puede contemplar cierta flexibilidad para negociar diferentes términos y condiciones sin necesidad de presentar a inscripción cada uno de los celebrados conforme al modelo, en la medida en que se hayan precisado en dicho modelo los parámetros de tal flexibilidad. Tal sería el caso de las regalías contempladas en el contrato modelo, dentro de un máximo y un mínimo.

de hasta el valor de la operación o hasta 10,000 veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal.¹⁶

La disposición legal que permite el registro de un contrato de franquicia modelo fue establecida antes que nada con la intención de facilitar a los otorgantes de franquicias, el uso de contratos modelo con varios contratantes en todo el país. Ello puede resultar sin embargo, de limitada trascendencia, si las partes, como sucede en el caso de la mayoría de los contratos de franquicia internacionales, negocian sus términos en cada caso. Prácticamente hablando, las disposiciones anteriores relacionadas con el uso de contratos de franquicia modelo, tienden más bien a simplificar el proceso, en el caso de los otorgantes de franquicia que deseen establecer franquicias a través de convenios de apertura de una serie de establecimientos. Por ejemplo, el otorgante de una franquicia podrá registrar un contrato de franquicia modelo y requerir a un desarrollador mexicano de franquicias que celebre un contrato de franquicia con base en el contrato de franquicia modelo con cada establecimiento cuya apertura se acuerde dentro de un determinado territorio (conocidos típicamente en los Estados Unidos como "area development arrangement"). De la misma manera, como se indicó anteriormente, con respecto a la utilización de contratos de franquicia modelo, este procedimiento simplifica los trámites administrativos tratándose de contratos maestros de franquicia, con un receptor maestro de franquicias, quien podrá celebrar contratos de subfranquicia, con base en el contrato de subfranquicia modelo inscrito, con cada uno de los subreceptores de la franquicia a quienes les venda una franquicia.

Debe hacerse notar que las disposiciones contenidas en el Reglamento que permiten que contratos de franquicia celebrados con base en un contrato de franquicia modelo ya inscrito, puedan ser presentados ante el Registro, cada seis meses, podrían ser constitucionalmente impugnadas. De acuerdo con la Ley de Transferencia de Tecnología, a efecto de que un contrato que debe ser presentado para registro, dentro de los 60 días hábiles siguientes a la fecha de su celebración. Cualquier contrato que sea presentado con posterioridad a que hayan transcurrido los 60 días hábiles siguientes a su fecha de celebración, será vá-

¹⁶ *Ibid.*, art. 60, "El monto de la operación convenida" comprenderá el de todos los actos llevados a cabo durante la vida del contrato. Desde un punto de vista práctico sin embargo, las multas impuestas por el "monto de la operación convenida" son aplicables solamente cuando se trate de una operación cuya valuación sea factible.

lido una vez aprobado, únicamente a partir de la fecha de su presentación.¹⁷

En la medida en que el Reglamento establece un plazo mayor que el contemplado por la Ley de Transferencia de Tecnología para la presentación de contratos de franquicia, puede considerarse que estaría modificando a la mencionada Ley de Transferencia de Tecnología y en consecuencia su constitucionalidad en ese aspecto podría resultar cuestionable. En consecuencia puede ser recomendable presentar los contratos de franquicia dentro de los 60 días hábiles siguientes a su celebración. No hacerlo así podría dar motivo a que su validez durante el periodo transcurrido entre su fecha de celebración y la de su presentación, si esta última es posterior a que hayan transcurrido 60 días hábiles desde la de dicha celebración, sea cuestionable.

III. EXCEPCIÓN GENERAL DE LAS RESTRICCIONES

En lo que quizá constituya el cambio más importante contemplado en el Reglamento, el artículo 53 del mismo, establece que un contrato de tecnología quedará dispensado de las causales de negativa de inscripción contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley de Transferencia de Tecnología¹⁸ si alguno de los siguientes requisitos es satisfecho:

- I. El contrato no se adecua a los supuestos de excepción establecidos en la Ley o Reglamento [de Transferencia de Tecnología]; y
- II. La celebración del contrato respectivo dé lugar a alguno de los beneficios, en cualquiera de las siguientes formas:
 - a) Creación de empleos;
 - b) Mejoramiento de la calificación técnica de los recursos humanos;

¹⁷ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 10; Reglamento, *supra* nota 13, art. 26. El artículo 72, fracción f, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que cualquier modificación a una ley aprobada por el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos sólo puede ser llevada a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución para la aprobación de las propias leyes.

¹⁸ El artículo 53 del Reglamento fue establecido con fundamento en el artículo 17 de la Ley de Transferencia de Tecnología que establece que la Secretaría está autorizada para dispensar el cumplimiento de los artículos 15 y 16, cuando ello resulte benéfico para el país. En consecuencia, la excepción general contenida en el artículo 53 resulta aplicable a todos los contratos de tecnología respecto de todas las causas de negativa de inscripción establecidas en la Ley de Transferencia de Tecnología, diversas de la establecida en el Artículo 7 de la misma. Véase *supra* nota 7.

- c) Acceso a nuevos mercados en otros países;
- d) Fabricación de nuevos productos en el territorio nacional, especialmente si sustituyen importaciones;
- e) Mejoramiento en la balanza de divisas;
- f) Disminución en los costos unitarios de producción, medidos en pesos constantes;
- g) Desarrollo de proveedores nacionales;
- h) Uso de tecnologías que no contribuyan al deterioro ecológico; o
- i) Iniciación o profundización de las actividades de investigación y desarrollo tecnológico en las universidades [centros] de producción o en centros de investigación nacionales vinculados a éstos.

El párrafo I del artículo 53 establece que si un contrato de franquicia cumple con las disposiciones (incluyendo sus excepciones) contenidas en la Ley de Transferencia de Tecnología o en el Reglamento, no necesita ser presentado a inscripción de acuerdo con el artículo 53 mencionado. Sin embargo, si el contrato de franquicia contiene cláusulas que contravienen tales disposiciones o sus excepciones, contenidas en la Ley de Transferencia de Tecnología o su Reglamento, el contrato de franquicia puede ser presentado de conformidad con el artículo 53. Una vez así presentado se requiere que el receptor de la franquicia declare a la Secretaría, bajo protesta de decir verdad, que es su deseo celebrarlo en los términos propuestos, que su celebración implicará la realización de uno o más de los beneficios anteriormente mencionados y que demostrará el logro de uno o más de tales beneficios, dentro de los tres años siguientes a la fecha de inscripción del contrato de franquicia.¹⁹ De la misma manera, un contrato de franquicia modelo puede ser inscrito bajo un procedimiento idéntico al establecido en el artículo 53, en cuyo caso el otorgante de la franquicia declarará bajo protesta de decir verdad que, alguno de tales beneficios se derivará como consecuencia de la celebración de contratos de franquicia subsecuentes y se obligará a demostrar dentro de un periodo de tres años, a partir de la fecha de registro del contrato de franquicia modelo, el logro de tales beneficios.²⁰ Es de suponerse que como consecuencia de ello, previo cumplimiento de un procedimiento de mero trámite por parte de la Se-

¹⁹ *Ibid.*, art. 53.

²⁰ *Ibid.*, art. 54.

cretaría, el contrato de franquicia o el contrato de franquicia modelo, según sea el caso, quedará registrado.

Aun cuando el Reglamento no contempla que las disposiciones del artículo 53 sean aplicables a contratos de franquicia celebradas e inscritos con anterioridad a la vigencia del Reglamento, las partes en dichos contratos de franquicia, pueden modificarlos y presentar las modificaciones para inscripción de acuerdo con el propio artículo 53. Por supuesto que una vez que el contrato de franquicia o el contrato de franquicia modelo queden así inscritos, cualquier cesión del mismo o su modificación, deberá ser aprobada e inscrita.²¹ De acuerdo con la experiencia, tales cesiones y modificaciones deberían aprobarse y registrarse con relativa facilidad.

Adicionalmente a las obligaciones del receptor de la franquicia y del otorgante de la misma con respecto a la demostración del logro de los beneficios antes mencionados, debe hacerse notar que el Reglamento autoriza a la Secretaría para que durante el periodo de tres años siguientes a la inscripción, solicite al otorgante o al receptor de la franquicia, según sea el caso, pruebas del progreso alcanzado en relación con el logro de los beneficios mencionados.²² Tomando en cuenta el hecho de que, el artículo 53 requiere únicamente la intervención del receptor de la franquicia en relación con la demostración de que con motivo de la operación de la propia franquicia, se logrará alguno de los beneficios mencionados dentro del plazo de tres años, es posible pensar que el otorgante de la franquicia pueda quedar desprotegido durante dicho periodo. A efecto de resolver este problema puede resultar conveniente obligar al receptor de la franquicia a que obtenga no sólo el consentimiento, sino que además haga partícipe al otorgante de la franquicia en dicho proceso, aun con anterioridad a que presente a la Secretaría las pruebas que demuestran el cumplimiento del artículo 53. Las partes podrían además convenir en que el receptor de la franquicia quede contractualmente obligado a demostrar, a requerimiento de la Secretaría, su avance en el logro de los beneficios mencionados dentro del periodo de tres años correspondiente. Tomando en cuenta el hecho de que el receptor de la franquicia debería estar en posibilidad de demostrar al menos, el cumplimiento de alguno de dichos beneficios, establecidos en el párrafo II del artículo 53, dicha obligación no resultaría ser muy gravosa. Sin embargo, las partes podrían además convenir de antemano qué hacer si la Secretaría determina que el receptor

²¹ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 11.

²² *Ibid.*, art. 55.

de la franquicia no ha podido demostrar cumplimiento adecuado en el logro de tales beneficios y en tal supuesto la propia Secretaría pretende cancelar la inscripción del contrato de franquicia respectivo. Podrían contemplar tanto lo que sucedería, si decidieran terminar el contrato, como el caso en que optaran por continuar con la operación de la franquicia con base en un nuevo contrato. Si las partes decidieran terminar el contrato de franquicia, deberían contemplar por ejemplo, lo que sucedería con respecto a sus derechos sobre los conocimientos transferidos al receptor de la franquicia, al reembolso de las cantidades pagadas al otorgante de la misma y a las consecuencias fiscales eventualmente aplicables al receptor de la propia franquicia.²³ Si las partes desearan continuar con la operación de la franquicia, el contrato de franquicia debería establecer las acciones que las mismas habrían de tomar de manera tal que satisficieran los requerimientos de la Secretaría.²⁴ Tales acciones podrían incluir negociaciones con la propia Secretaría, con el objeto de tratar de convencerla de que la inscripción del contrato de franquicia debe mantenerse sin mayores cambios, así como la posibilidad de presentar modificaciones al contrato, las cuales habrán de ser congruentes con los requerimientos de la propia Secretaría. A este respecto, debe hacerse notar que la posibilidad de que las partes

²³ Es la opinión de los autores que la cancelación del registro de un contrato por la Secretaría, tendría efectos retroactivos a la fecha del propio contrato. Esta opinión tiene como fundamento el lenguaje utilizado en el Artículo 53, del cual se desprende que el registro de un contrato que no cumpla con las disposiciones de la Ley de Transferencia de Tecnología está condicionado a que se cumpla, en un plazo de tres años, con lo establecido en las disposiciones del Artículo 53. El incumplimiento de dicha condición debe llevarnos a la conclusión de que contraviniendo el contrato la Ley de Transferencia de Tecnología, no podría haber sido registrado y en consecuencia nunca fue válido. Véase Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 11. De acuerdo con esta interpretación, la operación de un contrato de franquicia durante el periodo de tres años, abre la puerta a un sinnúmero de problemas legales. Por ejemplo, bajo la Ley del Impuesto sobre la Renta de los Estados Unidos Mexicanos, los pagos de regalías hechos de acuerdo con un contrato que no fue registrado bajo la Ley de Transferencia de Tecnología, no pueden ser deducidos por el receptor de la franquicia. Consecuentemente, la cancelación de la inscripción de un contrato de franquicia puede colocar al receptor de la misma en una situación en la que no pueda deducir para efectos fiscales, los pagos de regalías, así efectuados. El contrato de franquicia podría en consecuencia contemplar que el otorgante de la franquicia comparta la responsabilidad que al efecto surja, a cambio de ciertas concesiones que le haga el receptor de la misma.

²⁴ Pueden incluirse cláusulas en los contratos de franquicia, tendientes a indicar la intención de las partes para continuar con la franquicia en el caso de la cancelación de la inscripción; sin embargo, es cuestionable la eficacia de aquéllas que sólo obliguen a las partes a cooperar o inclusive realizar sus mejores esfuerzos para tal fin.

puedan satisfacer los mencionados requerimientos de la Secretaría o lograr que la inscripción y aprobación de un contrato se lleve a cabo sin aprovecharse de la excepción general prevista en el artículo 53, sería mucho más difícil en aquellos casos en que la franquicia haya sido operada en forma tal que, hubiere violaciones graves a la Ley de Transferencia de Tecnología y su Reglamento. Para el caso de que las partes no pudieran de común acuerdo satisfacer los requerimientos de la Secretaría debería preverse que cualquiera de ellas estaría facultada para dar por terminadas las negociaciones y el contrato, disponiendo de sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones en los términos que al efecto establezca la Ley.

Cláusulas contemplando lo anterior podrían contemplar igualmente los contratos de subfranquicia. De hecho, lo mencionado anteriormente debería también contemplarse de manera general tanto en los contratos de franquicias o subfranquicias modelo, como en los que el otorgante de la franquicia o el receptor de la franquicia maestra tomen a su cargo la obligación de demostrar el avance y el cumplimiento de los beneficios mencionados.

Resultaría pues muy conveniente establecer ciertas obligaciones para las partes, en los contratos de franquicia, para el caso de la cancelación de la inscripción de éstos; sin embargo, tomando en cuenta que la cancelación de la inscripción hace que el contrato de franquicia quede sin efectos legales bajo la ley mexicana,²⁵ puede ser conveniente que las partes establezcan obligaciones similares en un convenio por separado que no se presente a inscripción. Tomando en cuenta que el objeto de dicho convenio por separado tiene que estar estrechamente relacionado con el contrato de franquicia, el mismo debe ser redactado con excesivo cuidado, a efecto de evitar que sea considerado materia de inscripción obligatoria bajo la Ley de Transferencia de Tecnología.

Es la opinión de los autores que el solo incumplimiento en la demostración de un avance adecuado en el logro de los beneficios mencionados, dentro del periodo de tres años no resultará en la imposición de las multas. Sólo en el caso de que la Secretaría pruebe que hay mala fe o injustificado rechazo a la obligación de proporcionar información en relación con dicho trámite de demostración del cumplimiento de los beneficios, las multas podrían ser impuestas.²⁶

²⁵ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 11.

²⁶ Según el artículo 59 del Reglamento y los artículos 18 y 20 de la Ley de Transferencia de Tecnología se establecen en el caso de que se muestre mala fe, multas hasta por el monto de la operación o hasta de 10,000 veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal y en caso de que se nieguen a propor-

IV. LIBERALIZACIÓN DE RESTRICCIONES ESPECÍFICAS

En aquellos casos en que la excepción general de las restricciones no resulte aplicable en el caso particular, la liberalización específica de las causales de negativa de inscripción de contratos de tecnología, establecida en el Reglamento, hace de las franquicias una forma de hacer negocios en México, más atractivas de lo que ha sido en el pasado. Esta liberalización se da en una serie de casos importantes, sobre todo desde el punto de vista del otorgante de franquicias extranjero, ya que se le da la oportunidad de una negociación más flexible y un mejoramiento en la protección de su tecnología.

1. Regalías

A pesar de que la Ley de Transferencia de Tecnología todavía prohíbe regalías excesivas,²⁷ el nuevo Reglamento en contraste con el reglamento de 1982, omite toda referencia a limitaciones en cuanto al monto de éstas. Al dar a conocer el Reglamento, la Secretaría estableció claramente que dicha omisión fue hecha con la intención de liberalizar las restricciones anteriormente impuestas en materia de regalías.²⁸ Al efecto el nuevo marco legal en vigor, muestra ahora una posición silenciosa con respecto al análisis de los contratos, llevado a cabo en el pasado tendiente a determinar los casos en que los pagos de regalías eran considerados excesivos.²⁹ Independientemente de la flexibilidad contemplada a efecto de que el otorgante y receptor de la franquicia mutuamente puedan convenir el nivel de pago de las regalías, los otorgantes de las franquicias extranjeros, deberían tomar en cuenta en particular las implicaciones fiscales aplicables a tales pagos. Bajo la ley del Impuesto sobre la Renta de los Estados Unidos Mexicanos, todas las regalías y cantidades pagadas por asistencia técnica

cionar información sin causa justificada, hasta 5,000 veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal. El artículo 23 de la Ley de Transferencia de Tecnología establece las reglas bajo las cuales las multas pueden ser aplicadas a las partes involucradas.

²⁷ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 16 (II).

²⁸ Programa, *supra* nota 8, párrafo 128 (ii).

²⁹ Existe preocupación entre los abogados con respecto a que el Reglamento en algunos otros aspectos contiene liberalizaciones que resultan constitucionalmente cuestionables. El aspecto relativo a regalías es uno de los casos de preocupación. Tomando en consideración el entusiasmo por atraer la inversión extranjera que existe en México, no se anticipa en este momento que el Reglamento sea cuestionado desde el punto de vista constitucional al menos en este aspecto.

y por el uso de activos intangibles en general en México, están sujetas a impuestos que deben ser retenidos por los receptores de las franquicias conforme a las siguientes tasas:

- a) Por derechos de autor, asistencia técnica o transferencia de tecnología y patentes licenciadas junto con cualquier otra forma de tecnología, la tasa del impuesto es 15%.
- b) Por licencias de patentes (no licenciadas junto con otra forma de tecnología), certificados de invención, marcas, nombres comerciales y publicidad la tasa de impuesto es actualmente del 36% y será del 35% a partir de 1991.³⁰

Aun cuando estas tasas son ahora más bajas de lo que venían siendo en el pasado, continúan siendo importantes, particularmente en vista del derecho de que en el caso de un otorgante de franquicia de los E.U.A. por ejemplo, las regalías y honorarios por asistencia técnica están generalmente sujetas a impuesto sobre la renta federal en los E.U.A. (aun cuando desde luego sujetas también a los créditos de impuestos extranjeros en los E.U.A.).³¹

2. Confidencialidad

Anteriormente un contrato de tecnología era materia de rechazo cuando obligaba al receptor³² a mantener la confidencialidad de la tecnología durante un plazo mayor al de vigencia del contrato.³³ Las razones de las restricciones que México estableció en materia de confidencialidad, se basaron en las políticas de desarrollo correspondientes a un sistema que consideró a la licencia de tecnología como una compra de derechos de tecnología y no solamente como un derecho limitado de uso de tecnología. Todavía la Ley de Transferencia de Tecnología continúa prohibiendo el registro de contratos que tengan una duración inicial mayor a diez años,³⁴ con lo que desmotiva la trans-

³⁰ Ley del Impuesto sobre la Renta, Diario Oficial de la Federación del 28 de diciembre de 1989, art. 156, y art. 11 bis IX (modificaciones).

³¹ Departamento del Tesoro (Treas.), Reg. 1.1-1 (a) (1), T.D. 7332, 1975-1 C.B. 204; Treas. Reg. 1.11-1 (a), T.D. 7413, 1976-1c, B.3 y 7701 (a) (4).

³² Véase *supra* nota 4 con respecto a la terminología utilizada en este artículo.

³³ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 15 (XI); Reglamento de 1982, *supra* nota 2, art. 56.

³⁴ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 16 (III). Ocasionalmente la Secretaría había venido permitiendo que en los contratos se establecieran plazos indefinidos, en la medida en que tales contratos contemplaran la posibilidad

misión de tecnologías sofisticadas a receptores mexicanos por parte de los proveedores, particularmente durante la última parte de la vigencia de los contratos. Como respuesta a las críticas de que ha sido objeto esta restricción, en el sentido de que afecta los objetivos de México, para atraer tecnologías sofisticadas, el nuevo Reglamento establece por ejemplo que a) si el proveedor adiciona mejoras sustanciales a la tecnología bajo licencia, b) la misma (la tecnología) tiene efectos para incrementar la producción, la calidad de los productos y otorga ventajas competitivas al receptor, c) y tales mejoras se incorporan en el contrato a través de una modificación que se inscriba en el Registro, d) las partes quedan en libertad de convenir los términos y condiciones de la confidencialidad que al efecto resuelvan, con respecto de dichas mejoras. Ello desde luego en la medida en que dichas disposiciones de confidencialidad no tengan una vigencia mayor a diez años, contados a partir de la fecha del convenio modificatorio respectivo.³⁵

Es necesario entender las circunstancias bajo las cuales dicha protección adicional de la información confidencial puede ser obtenida a efecto de apreciar completamente el efecto de este cambio en la relación de franquicia. En el caso de que los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) anteriores sean satisfechos, el Reglamento permite la validez de la obligación de confidencialidad relacionada con la nueva tecnología, aun después de la terminación del contrato de franquicia respectivo. Alternativamente las partes pueden decidir ampliar la duración del contrato de franquicia hasta por un plazo de diez años, contado a partir de la fecha de transmisión de tal nueva tecnología y mediante dicha ampliación posiblemente obtener el tratamiento confidencial de, tanto la vieja como la nueva tecnología durante el periodo de renovación.

A pesar de los beneficios potenciales anteriormente mencionados que ofrece el Reglamento, algunos otorgantes de franquicias quizá se sigan manteniendo escépticos, respecto a la verdadera protección de la información confidencial de que son titulares. Tal sería el caso, de negocios estándar de franquicia en los que la tecnología o asistencia técnica proporcionada al receptor se contiene fundamentalmente en

de un aviso de terminación por cualquiera de las partes, en cualquier momento e inclusive renovaciones en forma indefinida, siempre y cuando cualquiera de las partes pudiera decidir no renovarlo al término de cualquier periodo. HYDE Y RAMÍREZ DE LA CORTE, Regulation of the Transfer of Technology to Mexico, 1 *Doing Business in Mexico* 30-1, 30-24 (1983).

³⁵ Reglamento, *supra* 1, art. 46.

manuales operativos o folletos o en alguna otra forma en documentos escritos que incluyen las fórmulas y especificaciones del otorgante de la franquicia. En el caso de que el contenido de los manuales de operación u otra documentación escrita se actualice o cambie durante el plazo inicial del contrato de franquicia, es posible pensar que la nueva información técnica estará de tal manera vinculada con la información previamente revelada en los manuales de operación o documentación escrita que, a la terminación de la protección permitida a la vieja tecnología, cualquier protección que se diera solamente a la nueva tecnología pudiere resultar insuficiente. Suponiendo que se pudiera demostrar que dicha nueva tecnología constituye una "mejora sustancial" en los términos del Reglamento, es de esperarse que en el contexto de las franquicias, las autoridades judiciales mexicanas interpreten esta disposición del Reglamento de manera tal que proporcionen protección aún después de la terminación del contrato respectivo, tanto a la vieja como a la nueva tecnología, con el objeto de evitar un efecto inequitativo.

De no ser así, los otorgantes de franquicias extranjeros que consideren que los beneficios contemplados en el Reglamento no se han dado en la práctica y que ello constituye un riesgo inaceptable, tendrán que continuar encontrando como la solución prudente a su problema, el ser los dueños de la receptora de la franquicia y de esa manera controlar el uso de la información que esta última reciba tanto durante, como después de la terminación del contrato.³⁶ De hecho, esta alternativa se ha vuelto mucho más atractiva de lo que era en el pasado, como consecuencia de los cambios recientes al Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera,³⁷ que ahora permite (tratándose de ciertas actividades no restringidas, las cuales incluyen la gran mayoría de las actividades tradicionales materia de franquicia) que las empresas pertenezcan en el 100% de su capital a inversionistas extranjeros.³⁸

³⁶ GONZÁLEZ Y MAZERO, *supra* nota 7, p. 6.

³⁷ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la inversión Extranjera, Diario Oficial de la Federación, del 16 de mayo de 1989 y en lo sucesivo el "Reglamento de Inversiones Extranjeras").

³⁸ De acuerdo con el artículo 5 del Reglamento de Inversiones Extranjeras las empresas que se constituyan con 100% de inversión extranjera deben de cumplir con los siguientes requisitos: (i) hacer inversiones en activos fijos hasta por 250,000 millones de pesos, (ii) con dinero proveniente del exterior, (iii) ubicar los establecimientos industriales fuera de las zonas de mayor concentración industrial, (iv) mantener (al menos) un saldo equilibrado en su balanza de divisas acumulado en los primeros tres años de operación, (v) generar empleos perma-

En algunos casos puede resultar aconsejable buscar una mejor protección que la contemplada en las disposiciones relativas a confidencialidad contenidas en el Reglamento, a través del registro como derecho de autor, de cierta información técnica que revista el carácter de creación intelectual, aun cuando se pudiese pensar que existe algún riesgo de pérdida de confidencialidad de tal información; el registro permitiría al otorgante de la franquicia probar la propiedad de la misma, logrando con ello algún control que impida su diseminación una vez que es dada a conocer.

3. *Requerimiento de compras*

La Ley de Transferencia de Tecnología contempla como una causal de negativa de inscripción de un contrato de tecnología el que se obligue al receptor a comprar equipo, herramientas, partes, o materias primas de una fuente identificada de suministro en aquellos casos en que existan otras fuentes disponibles tanto en México como en los mercados internacionales.³⁹ El Reglamento de 1982 contempló una excepción a esta restricción, al establecer que en los contratos se podía establecer que tales compras serían aceptables en la medida en que el equipo, herramientas, partes o materias primas a) fueran suministrado a los precios internacionales prevalecientes, b) cuando no fuere posible adquirirlos en México y c) el receptor pudiera libremente adquirirlos de otras fuentes de suministro.⁴⁰ El nuevo Reglamento omite los requisitos mencionados en los incisos b) y c) establecidos anteriormente y ahora permite que el otorgante señale la fuente de suministro (incluyendo al propio otorgante) en la medida en que: 1) los suministros sean proporcionados a los precios, términos y condiciones prevalecientes en el mercado internacional, 2) la designación de la fuente de suministro sea necesaria para controlar la calidad y mantener el prestigio e imagen de los productos materia de un contrato que contemple la licencia de marca o 3) exista un riesgo real para el otorgante de que, en el caso de que el receptor adquiera

nentes y establecer programas de capacitación y (vi) usar tecnología adecuada y cumplir con las disposiciones legales en materia ecológica. Con excepción del requisito relativo a que el receptor de la franquicia debe tener al menos una balanza equilibrada de divisas, en el caso de la mayor parte de las franquicias, deberían poderse satisfacer fácilmente todos los demás requisitos. De hecho, mediante una estructuración apropiada del contrato de franquicia, la balanza equilibrada de divisas no debe ser un requisito insalvable en la mayor parte de los casos.

³⁹ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 15 (IV).

⁴⁰ Reglamento de 1892, *supra* nota 2, art. 47.

suministros de una fuente de abastecimiento distinta a la señalada, la información técnica materia del contrato pueda ser revelada indirectamente a terceros.⁴¹

4. *Limitaciones de la investigación y desarrollo*

Bajo la Ley de Transferencia de Tecnología y el Reglamento de 1982 los contratos de tecnología no podían incluir disposiciones que impidieran al receptor llevar a cabo investigaciones y desarrollo de tecnología propia, por ellos mismos o inclusive mediante la utilización de tecnologías de terceros.⁴² Aun cuando dichas disposiciones siguen en vigor con respecto a contratos de tecnología en general, de acuerdo con el nuevo Reglamento un contrato de franquicia puede ahora prohibir de manera absoluta al receptor de la franquicia, llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo.⁴³ Alternativamente un contrato de franquicia puede contemplar que el receptor de la franquicia deba obtener el consentimiento del otorgante de la misma para llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo y obligarse además a proporcionar a dicho otorgante de la franquicia, un derecho de preferencia para comprar las innovaciones tecnológicas logradas.⁴⁴ Lo anterior permite a un otorgante de una franquicia hacer válidas ciertas restricciones sobre actividades de investigación y desarrollo en forma congruente con las restricciones tradicionalmente establecidas en contratos de franquicias en los E.U.A., que permiten al otorgante de la franquicia adjudicarse cualquier valor agregado o imagen correspondiente al sistema de franquicia, como resultado de las mejoras llevadas a cabo por el receptor de la franquicia.

5. *Restricciones a la importación*

Como un esfuerzo indirecto para mejorar la balanza de divisas, la Ley de Transferencia de Tecnología y el Reglamento de 1982 prohibieron la imposición de restricciones a los receptores que estuvieren en posibilidad de exportar productos o servicios, cuando tales restric-

⁴¹ Reglamento, *supra* nota 1, art. 38.

⁴² Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 15 (III); Reglamento de 1982, *supra* nota 2, art. 45.

⁴³ Reglamento, *supra* nota 1, art. 37; pero véase *ibid.*, art. 41 (en el sentido de que subsisten restricciones para el caso de que se pretenda prohibir al receptor obtener conocimientos técnicos de terceros).

⁴⁴ *Ibid.*, art. 35.

ciones fueren contrarias a los intereses del país.⁴⁵ En tanto que el Reglamento de 1982 estableció algunas excepciones muy limitadas a este principio, las cuales en términos generales se mantienen en el Reglamento, se pueden ahora estipular libremente en los contratos de franquicia⁴⁶ prohibiciones amplísimas a la exportación. Como a continuación se indica, las excepciones a las prohibiciones de exportación, al igual que otra serie de excepciones establecidas en la Ley de Transferencia de Tecnología, nunca fueron de aplicación práctica importante tratándose de contratos de franquicia. Por lo tanto la eliminación de tales restricciones a las prohibiciones de exportación aunque constituyen una buena medida, pueden resultar de poca aplicación práctica. El cambio contenido al respecto en el Reglamento elimina sin embargo, algunos problemas legales que con frecuencia surgían con motivo de cláusulas limitativas del territorio que, al ser incluidas en los contratos de franquicia eran interpretadas como restricciones a la exportación.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

El Reglamento representa el primer y gran esfuerzo de reconocimiento de la relación contractual de franquicia; sin embargo, la Ley de Transferencia de Tecnología y aun en el propio Reglamento en la mayoría de los casos, continúan tratando al contrato de franquicia como una especie del contrato de tecnología.

La Ley de Transferencia de Tecnología está más bien orientada hacia contratos estándar de tecnología, los cuales se enfocan más bien hacia la industria y la fabricación, en tanto que los contratos de franquicia responden a objetivos de negocios diferentes. Los contratos de franquicia son más comúnmente usados dentro del campo de la prestación de servicios y la venta al menudeo. Las características diversas de estos dos tipos diferentes de actividades hacen que obviamente tengan también diferentes objetivos. En consecuencia, políticas que están diseñadas para favorecer o desfavorecer cierto tipo de relaciones de negocios, en el contexto de contratos de tecnología en sentido tradicional, pueden generar efectos imprevisibles y no deseados en el de los contratos de franquicia. Por ello, sin menospreciar en lo más mínimo la enorme importancia del Reglamento, habrá que esperar

⁴⁵ Ley de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 3, art. 15 (V); Reglamento de 1982, *supra* nota 2, art. 48.

⁴⁶ Reglamento, *supra* nota 1, arts. 39 y 40.

además de sus resultados en la práctica con motivo de su aplicación, los criterios que en casos de controversia establezcan los tribunales en su caso, en algunos puntos específicos, para poder emitir un juicio equilibrado.

LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Rafael PÉREZ MIRANDA

SUMARIO: I. Estructura económico-jurídica. Aspectos conceptuales: 1. Especificidad del tema. 2. Reorientación actual de la política en I.E.D. y factores que la determinan. 3. Comportamiento de la inversión extranjera en México. 4. Aspectos conceptuales. II. Régimen jurídico de la inversión extranjera en México. 5. Objetivos de la legislación sobre inversiones extranjeras. 6. La inversión extranjera directa frente a la Constitución. 7. Tipos de inversión. 8. Límites a la inversión extranjera.

I. ESTRUCTURA ECONÓMICO-JURÍDICA. ASPECTOS CONCEPTUALES

1. ESPECIFICIDAD DEL TEMA

1.1. *Los límites constitucionales a la libre movilidad del capital.* La posibilidad de poder invertir libremente en cualquier actividad y lugar es parte del principio económico liberal denominado "*libre movilidad de los factores*", enunciado como requisito del buen funcionamiento del mercado capitalista,¹ planteado en principio por los fisiócratas franceses en relación a la producción agrícola y receptado por el liberalismo inglés para todo el sistema económico. Mientras más amplia sea esta libertad mayor será la posibilidad de autoplanificación del mercado y la autocorrección de los defectos inherentes al mismo. Milton y Rose Friedman afirman, por ejemplo, que una de las formas más eficaces de corregir los efectos nocivos del mercado monopolístico (u oligopólico) es la apertura de las fronteras nacionales a mercancías e inversionistas extranjeros,² argumentación recogida muchas veces por las políticas

¹ Ver PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, Ed. Plaza y Valdés, México, 1988, cap. I.

² "La existencia de sólo tres fabricantes importantes de automóviles en los Estados Unidos... constituye una amenaza de precios monopolísticos. Pero déjese a los fabricantes de automóviles del mundo competir con General Motors, Ford y Chrysler para hacerse con la clientela norteamericana, y el espectro de los precios monopolísticos se esfumará". FRIEDMAN, Milton y Rose: *Libertad de elegir*, Ed. Orbis, Barcelona, 1983, p. 83.

económicas de los países en desarrollo.³ Las limitaciones al mismo se vinculan generalmente a aspectos sustantivos del Estado; en el caso de México tienen fundamento constitucional y la primera exclusión se refiere a todos los particulares, por oposición al Estado.⁴ Corresponde a éste el monopolio absoluto de las áreas denominadas estratégicas, de cuya producción o comercialización se encargará directamente o a través de organismos de los que sea propietario y tenga el control;⁵ disposiciones que si bien se insertan en el núcleo de aquellas orientadas a otorgar al Estado la rectoría económica (del desarrollo nacional prefiere decir la Constitución), conciben con criterios tradicionales de soberanía política —en la idea de que los ámbitos económico y político se encuentran estrechamente relacionados en el concepto constitucional moderno de soberanía.⁶

El artículo 28 de la Constitución enumera por una parte actividades que denomina *estratégicas*: "acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles; y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión". La enumeración cumple dos funciones: por una parte se trata de excepciones a la prohibición de monopolios, por otra obliga al sector público a explotarlas en exclusividad, directamente o a través de organismos (descentralizados o

³ "La mayor competencia que propicia la apertura del mercado nacional evita que las empresas extranjeras puedan gozar de utilidades extraordinarias, provenientes de mercados protegidos y a costa del consumidor". *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, Secretario de Programación y Presupuesto, Poder Ejecutivo Federal, México, 1989, p. 88.*

⁴ No considero válida la interpretación de Diego Valadés en el sentido de que "el hecho de ser el Estado no limita la participación de los particulares. De otra manera se llegaría a la aberrante conclusión de que el Estado se reduce al aparato administrativo de un país... Sólo las doctrinas políticas del totalitarismo excluyen del concepto de Estado a la población". Considero, en efecto, que la utilización de la palabra Estado se debe interpretar según el contexto (muchas veces el constituyente y el legislador la utilizan como sinónimo de gobierno, o de Poder Ejecutivo), pero en este caso aun el concepto estricto implica al Estado como conjunto, excluyendo a los habitantes en tanto particulares. La idea expuesta implicaría negar la personería de las personas morales (públicas o privadas) en tanto diferentes de la personalidad jurídica de las personas físicas que la integran.

⁵ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 25 y 28.

⁶ Cfr. MASNATTA, Héctor, "El Derecho Constitucional Económico en la Reforma de la Constitución", en *Rev. del Derecho Industrial*, año 10, enero-abril de 1988, núm. 28, Buenos Aires, 1988.

empresas) en los cuales el Gobierno Federal detente la propiedad y el control. La ley excluye de estas actividades no sólo a los particulares, sino además a las entidades federativas y a los municipios; en el caso de empresas gubernamentales éstas no podrán emitir acciones susceptible de ser adquiridas por particulares, ni siquiera acciones neutras. En efecto, al aclarar que no será suficiente con el control, sino que además debe ser propietario, se entiende propiedad total y exclusiva.

Esta interpretación es ratificada *a contrario sensu* por el párrafo siguiente referido al servicio público de banca y crédito, considerado también como excepción en favor del Estado respecto a la prohibición de los monopolios, prácticas monopólicas y estancos. Sin embargo establece una restricción diferente: el Estado, exclusivamente, debe prestar este servicio a través de instituciones y no puede concesionarlo a particulares, no lo califica como "área estratégica" y no exige en consecuencia que el Gobierno Federal tenga la "propiedad y el control" de dichas instituciones. Para que se considere que el Estado presta el servicio deberá, sin duda, tener el control de las mismas, pero podrá organizar la participación de los particulares en la "propiedad" mediante la adquisición de cuotas de acciones que impidan el control, o de acciones neutras. Esta interpretación surge principalmente de la no inclusión del servicio de banca y crédito como área estratégica, únicas en las cuales exige "propiedad y control" (artículo 25 de la Constitución). Por el contrario, una segunda categoría genérica que enuncia en el mismo artículo pero que no define es la de "áreas prioritarias", donde contempla otras formas de participación gubernamental sin exigencias tan estrictas.

1.2. *Restricciones a la libre movilidad de capitales en la legislación sobre inversiones extranjeras.* La Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera⁷ es el antecedente directo de las denominadas en la Constitución *áreas estratégicas* y, varios años antes de su inclusión en ésta, había reservado las mismas al Estado: "a) Petróleo y los demás hidrocarburos, b) Petroquímica Básica, c) Explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear, d) Minería en los casos a que se refiere la ley de la materia, e) Electricidad, f) Ferrocarriles, g) Comunicaciones telegráficas y radiotelegráficas, y h) Las demás que fijen las leyes específicas (artículo 4 primera parte de la L.P.P.I.M. y R.I.E.)" —no así el servicio público

⁷ Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *D.O. de la Federación (México)*, el 9/III/1973.

de banca y crédito—. Paradójicamente, esta ley ha pasado a ser ley orgánica del artículo 28 constitucional, al que precede cronológicamente.

Agrega el mismo artículo, además, una serie de actividades en las cuales sólo podrán invertir personas físicas o morales mexicanas; en el caso de las personas colectivas, deberán tener en sus estatutos una cláusula de exclusión de extranjeros. En la aplicación práctica, se trata de personas en las cuales los nacionales mexicanos deben tener no sólo el control, sino también la propiedad en un 100%. La enumeración de la ley responde a criterios tradicionales de soberanía política en una concepción nacionalista de la misma inherente en gran medida a los países en desarrollo. Estas actividades son: radio y televisión; transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales; transportes aéreos y marítimos nacionales; explotación forestal; distribución de gas. Estas disposiciones, además de las enunciadas en el punto anterior, no deberían figurar en la ley de inversiones extranjeras, sino en la legislación administrativa general. La exclusión de los particulares en el primer caso (artículo 4 primera parte de la ley) y la exclusión de los extranjeros (artículo 4 segunda parte de la ley) no se orienta a promover la inversión mexicana, no son áreas de actividad seleccionadas con criterio económico o tecnológico. Tan es así que la ley, al identificar la inversión de extranjeros residentes con calidad de inmigrados a la inversión mexicana, excluye a las áreas geográficas o actividades reservadas en exclusividad a mexicanos o sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros (artículo 6).

2. REORIENTACIÓN ACTUAL DE LA POLÍTICA EN I.E.D. Y FACTORES QUE LA DETERMINAN

2.1. *Situación actual.* Las políticas sobre inversión extranjera han cambiado sustancialmente en la década de los ochenta, manifiestamente a partir de la segunda mitad, sin que se hubieran publicitado argumentos serios que lo justifiquen. De una errática política de control sin objetivos demasiado claros se ha pasado a una exagerada desregulación no sólo en la I.E.D., sino también en patentes, marcas, secreto industrial y transferencia de tecnología.⁸ Las investigaciones realizadas en los últimos veinte años por organismos internacionales, investigadores latinoamericanos y de países desarrollados, y por los mismos órganos gubernamentales nacionales o regionales, indican que las empresas

⁸ Ver PÉREZ MIRANDA Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, Ed. Plaza y Valdés, México, 1988.

transnacionales no han variado su comportamiento generalmente nocivo para las economías huéspedes. Su participación en la denominada delincuencia económica es muy elevada, así como la colusión con la delincuencia gubernamental (sobornos a funcionarios, participación ilegal en procesos electorales, etcétera). Su tendencia a recuperar y repatriar el capital invertido en muy breves plazos a través de diversos conductos (regalías, intereses, dividendos, falseamiento de facturas) se mantiene igual, provocando graves dificultades en las balanzas de cuenta corriente de los países receptores de la inversión. Por último, el estancamiento de las economías latinoamericanas y el crecimiento de las principales corporaciones industriales internacionales generan un mayor peso relativo de las principales transnacionales en relación a las economías nacionales. La facturación de General Motors —incluyendo todas sus filiales— supera el producto interno bruto de todas las economías nacionales de América Latina considerando cada país por separado, con las únicas exclusiones de México y Brasil.⁹ De las cinco principales transnacionales del mundo, según la fuente citada, tres tienen filiales en México (las otras dos se dedican a refinamiento de petróleo, actividad monopolizada por el Estado en nuestro país). El único banco extranjero con filial en México (Citibank), registró depósitos por encima de las ventas de la transnacional industrial citada. La suma de los capitales de los cincuenta bancos más importantes del mundo superan la suma del producto nacional de Estados Unidos, Gran Bretaña, Brasil, Francia y Alemania Occidental.¹⁰

El estancamiento económico, el fracaso de los planes de desarrollo, la necesidad de afrontar una situación difícil tanto en lo económico como en lo financiero, son los únicos argumentos que se esgrimen sin explicar con claridad cómo puede apoyar esos planes la desregulación. Ahondando un poco en el panorama de estos últimos años, podemos esquematizar —con todas las relativizaciones que se deben hacer en las generalizaciones— las fuentes de la política actual en este tema.¹¹

⁹ *Revista Fortune*, julio 31/1989, p. 36. Registra como ventas totales de General Motors, incluyendo las realizadas por las subsidiarias de Canadá, Brasil, Alemania Federal, Gran Bretaña, España, Bélgica y México en 121,085.4 millones de dólares, frente a un P.I.B. estimado para el mismo año de Argentina de menos de 100 000 millones de dólares.

¹⁰ *Idem* nota anterior.

¹¹ Sobre las tendencias en esta temática, además de la bibliografía citada sobre el tema ver: WHITE, Eduardo: "Las inversiones extranjeras y la crisis económica en América Latina", en *Revista Comercio Exterior*, vol. 36, núm. 10, México, 1986. CORREA, Carlos, "Innovación, comercio y apropiación de la renta tecnológica", en *Rev. Realidad Económica*, núm. 85, Buenos Aires, 1988, pp. 46 y ss.

2.2. *La denominada crisis del estado de bienestar.* Que si bien tiene su manifestación más impactante en las privatizaciones de empresas estatales, se traduce también en un retorno a políticas liberales en comercio interior y exterior. A diferencia del debate —violento muchas veces— que se verificó en los inicios del denominado intervencionismo estatal cuando el mismo fue asumido como política oficial (a partir de la Constitución de Weimar, del New Deal y en nuestro país de la Constitución de 1917), este retorno no es objeto de confrontaciones serias y se impone con afirmaciones aparentemente irrefutables, solo contestadas en ciertos casos con viejos axiomas de discutible vigencia.

2.3. *El estancamiento en la producción.* En América Latina se verifica simultáneamente a un periodo de crecimiento constante de las economías de los países industrializados. Los datos relativos (porcentuales de crecimiento de ambas) se deben ponderar con la traducción en magnitudes reales. Los países subdesarrollados y aun los llamados países en desarrollo, tienen una incidencia cada vez menor en el diseño de las políticas de los desarrollados. Su presencia destaca en cierta medida por cuestiones de estrategia político-militar o por el abastecimiento de materias primas aún necesarias. Los países de América Latina (y el Caribe) recibían en 1981 el 18% de las exportaciones de EE.UU. y el 6.5% de las realizadas por Japón, y en 1987 las mismas se habían reducido al 14% y 3.5% respectivamente; su participación en las exportaciones de la Comunidad Económica Europea pasaron en igual periodo del 3.4% al 2.1%. Un comportamiento similar se puede verificar en el comportamiento de las importaciones de los países desarrollados provenientes de América Latina y el Caribe.¹²

2.4. *La preponderancia del endeudamiento externo (o inversión extranjera indirecta) respecto a la I.E.D.* Transformándose el primero en el eje central de la política económica de los ochenta, y un verdadero freno para el crecimiento de los países del tercer mundo y en especial de América Latina. En el periodo 1973/1983 la inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo (no petroleros) creció a una tasa anual del 11.6% y el endeudamiento externo al 18.1%.¹³ Considerando los siete países más endeudados (Argentina, Brasil, In-

¹² Fuente: F.M.I. Directional Trade Yearbook 1988. Tomado de la *Revista Integración Latinoamericana*, núm. 144, Buenos Aires, abril de 1989.

En el mismo número de la revista ver: MONETA, Juan Carlos, "Relaciones comerciales y financieras de América Latina con Japón y Estados Unidos: el papel del comercio, la asistencia y los flujos financieros", p. 11.

¹³ International Monetary Fund, *Foreign Private Investment in Developing Countries*, Occasional Papers, núm. 33, Washington, 1985.

donesia, Corea, México, Filipinas y Venezuela) vemos que en el mismo periodo el déficit de cuenta corriente pasó de 2 600 millones de dólares a 11 000 millones; para su financiamiento se recurrió en 1973 a 1 900 millones de dólares de inversión extranjera directa, 1 700 millones de créditos de largo plazo oficiales y 4 400 millones de dólares de créditos de organismos privados. En 1983 la IED fue 2 600 millones de dólares (creció un 37%), los créditos oficiales de largo plazo fueron 7 100 millones de dólares (un incremento del 317%) y los correspondientes a organismos privados 9 400 millones de dólares (incremento del 114%). En este periodo de 10 años que fueron fundamentales en el comportamiento del endeudamiento financiero externo, se puede ver su incremento más que proporcional respecto a la I.E.D., así como la mayor participación de las fuentes oficiales respecto a las privadas. La magnitud del servicio de la deuda financiera externa ha motivado que pese a las negociaciones, las diferencias de peso relativo endeudamiento/I.E.D., sean en nuestros días aún mayores.¹⁴

3. COMPORTAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

3.1 *Presentación.* La inversión extranjera directa se mantuvo más o menos estable pese a su normación legal a partir de 1973. En la medida en que la ley no se aplicó retroactivamente, permitiendo que las empresas constituidas con más de 50% de capital extranjero se mantuvieran sin modificación, e inclusive ampliaran sus inversiones con la misma proporción que tenían. Tampoco afectaba la posición dominante de las mismas en las ramas más dinámicas de la producción; por ello, gran parte de la nueva inversión se origina en reinversión de ganancia extraordinaria más que en flujos netos del exterior —según se expusiera *ut supra*—, los que en los últimos años han sido sin embargo significativos.¹⁵ La posibilidad de realizar un estudio estadístico del comportamiento de la I.E.D., a partir de la sanción de la ley en análisis se limita a la *nueva inversión* de las *nuevas empresas*, lo que relativiza en demasía las conclusiones.

3.2 *La inversión extranjera directa a partir de 1973.* Si bien el comportamiento de la nueva inversión extranjera es relativamente errática, sostiene acumulada una tasa de crecimiento promedio hasta 1978

¹⁴ *Ibidem* ant.

¹⁵ En el año 1981 las remesas al exterior de la inversión extranjera directa —36 645.8 millones de pesos—, fue 1.27 veces más que la IED neta (27 997.4), en el año 1987 y parte de 1988 gran parte de lo que se registra como flujos netos se debe a los swap, o capitalización de parte de la deuda externa.

similar a la de 1973 (7%), incrementándose a partir de esta fecha (13% en 1979, 20% en 1981).¹⁶

En relación con el volumen total de nueva inversión, la participación de la extranjera tiende a decrecer en algunos años, pero en el mediano plazo se mantiene estable y crece. En efecto, en el año en que se dicta la Ley representaba el 2.8% de la nueva inversión total (7.2% de la inversión pública y 4.7% de la inversión privada —en la que se incluye). En 1981 participa en 3.1% de la inversión total (7.2% de la inversión pública y 5.6% de la inversión privada).¹⁷

La nueva inversión asociada a la nacional ha motivado una reducción de las empresas en que el capital extranjero controlaba más del 49.1%; estas representaban en 1979 el 54.6% del total de empresas con capital extranjero, y en 1981 el 46.2%. En la industria de transformación y en igual periodo, la tasa varió de 56.2% a 48.4%.

Por otra parte, la inversión extranjera directa ha sido más dinámica que la nacional en las áreas en que compite con la misma, producto fundamentalmente de su posición dominante en un mercado sin normas antimonopólicas eficaces. Tres cuartas partes de la inversión extranjera directa se han orientado en el periodo de posguerra al sector de industria de la transformación —75.1% en 1975, 74.8% en 1981¹⁸—. Debido en gran medida a esta tendencia, la participación del capital extranjero en las empresas del sector industrial manufacturero, sector que representó en 1975 23.4% del Producto Interno Bruto es del 30%.¹⁹

Una de las ramas más importantes, la industria automotriz, es controlada por empresas transnacionales con 100% de capital extranjero. En la industria de autopartes, el capital extranjero participa con 40% del total correspondiente a las empresas del sector, pero participa en el 55% de las ventas.²⁰

3.3 *Situaciones conflictivas generadas por las empresas transnacionales.* Un porcentaje muy elevado de las inversiones extranjeras directas se origina en empresas transnacionales que invierten en nuevas

¹⁶ Anuario Estadístico de la Dirección General de Inversiones Extranjeras, México, 1981.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Anuario Estadístico de la Dirección General de Inversiones Extranjeras 1981.

¹⁹ NAFINSA, "La Industria de Autopartes en México", *Mercado de Valores* núm. 17, México, 17 abril de 1983.

²⁰ Douglas BENNETT y Kenneth SHARPE, *La Industria Automotriz Mexicana y la política económica de promoción de exportaciones. Algunos problemas del control estatal de las empresas transnacionales. Industrialización e Internacionalización en la América Latina* (selección de Fernando Fajnzylber), México, FCE, 1981. T. I.

empresas en el país, reinvierten utilidades, amplían inversiones o realizan préstamos de corto y mediano plazo a las filiales. El funcionamiento de estas empresas y sus interrelaciones suelen generar situaciones político-económicas conflictivas, tanto en el país en que se radica la matriz como en los países huéspedes —si bien no siempre se puede precisar con claridad un país sede de la matriz—, conflictos que por lo novedoso de la situación suelen no estar contemplados satisfactoriamente por el derecho. Por las características de este trabajo, destacaremos brevemente algunas de estas situaciones haciendo referencia especialmente a la problemática que se presenta en los países huéspedes de las filiales, que corresponde mayoritariamente a la situación de los países latinoamericanos; más adelante se tratarán muchos de ellos con mayor amplitud.

3.3.1. El enorme poder de las empresas transnacionales, destacado *ut supra*, les otorga a estas empresas una capacidad de negociación superior a las empresas locales y en ciertas oportunidades de presión efectiva a los poderes políticos de los países huéspedes.

3.3.2. La capacidad financiera aludida les permite también producción a escala en áreas estratégicas y en especial lograr una posición dominante en el mercado. En la mayoría de los países latinoamericanos las empresas transnacionales se cuentan entre las más importantes en tamaño y en control de ciertos mercados.

La represión al abuso de posición dominante en el mercado ha sido el instrumento preferentemente utilizado por las autoridades de la Comunidad Económica Europea para enfrentar los conflictos en análisis. Uno de los problemas que se plantean en este tema es que los países generalmente reprimen los monopolios y las prácticas monopólicas que generen perjuicios a la economía nacional, pero no a las prácticas monopólicas que repercuten en el exterior.²¹

3.3.3. Las filiales de las empresas multinacionales se constituyen conforme al derecho del país huésped, obteniendo la personalidad jurídica como persona colectiva jurídicamente independiente de la matriz, que tiene su propia personalidad jurídica reconocida por el país de origen. La pertenencia a un único centro de interés, no es contemplada generalmente por el derecho, lo que genera esta contradicción de *un sujeto económico* constituido por la suma de *un conjunto de personas jurídicas*; lo cual le permite realizar una serie de negocios jurídicos no debidamente reprimidos por el derecho: comerciar mediante *precios de transferencia*, realizar tráficos de mercancías y financiamientos no

²¹ Ver PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Derecho y Relaciones de Producción*.

siempre reales, etcétera, lo que ha derivado en acciones desviadas o ilícitas como las subfacturaciones, sobrefacturaciones, quiebras fraudulentas concertadas con empresas del grupo, etcétera. Estas acciones no son exclusivas de las empresas transnacionales y pueden ser cometidas también por grupos de empresas concertadas, pero ha resultado en especial característica de las empresas transnacionales y estudiadas dentro del llamado *abuso de personalidad jurídica*.

3.3.4. Las acciones derivadas del abuso de personalidad jurídica no se limita sólo al aspecto delictual; las empresas pueden organizar su producción con plantas que trabajan a escala y producen parte de cada bien en diferentes países. Esto hace que resulte casi imposible conocer sus verdaderos costos de producción, afectando no sólo aspectos impositivos, sino cualquier intento de control de precios o de establecimiento de precios máximos. Por otra parte, impide por vía de hechos cualquier intento de expropiación o amenaza similar por parte del Estado.

3.3.5. El desempleo generalizado, el monopolio que detentan las transnacionales en innovaciones tecnológicas, la necesidad de dinamizar la economía y la tendencia de las burguesías de los países subdesarrollados a no reinvertir sus utilidades y enviarlas a centros financieros de países industrializados, les permite a estas empresas obtener concesiones especiales negociando en qué país y en qué región de cada país realizan sus principales inversiones. Estas concesiones suelen ser fiscales, pero también laborales.

También se utiliza la amenaza de retirar la inversión ya realizada para enfrentar las políticas económicas o laborales de los Estados anfitriones, cuando consideran que las perjudican en demasía.

3.3.5. *El flujo de divisas por retribución a los factores productivos.* La falta de una sistematización normativa adecuada motiva que la "denominación" de los canales que utilizan las empresas con inversión extranjera en la remisión de utilidades en los pagos de servicios (en especial tecnológicos) y en el pago de intereses y principal del endeudamiento externo, no sea indiferente; de sobremanera cuando se trata de transferencias entre empresas vinculadas. Esto es fácil de comprobar en un análisis cuantitativo aun superficial. La incoherencia y la falta de un esquema conceptual respecto a los temas descritos, así como en lo referente a la exportación e importación de bienes cuando vendedor y comprador son empresas vinculadas, destacó en el breve periodo en que se estableció en México un control de cambios estricto.

Las incoherencias aludidas se pueden resumir en: a) al normar la "inversión extranjera" no se regula a las "empresas con inversión extranjera" ni a las "transnacionales";²² b) lo expuesto y la elaboración de la legislación nacional considerando exclusivamente los comportamientos habituales de las empresas de capital nacional facilita acciones desviadas, pero por las mismas razones no ilegales, por parte de las empresas transnacionales; c) estas acciones se vinculan preferentemente a la elección de los canales y negocios a que se recurre para remitir divisas al exterior.

Un aspecto económico fundamental en la elección del rubro es el impositivo; los dividendos son gravados generalmente con la tasa más elevada, tanto al pagar impuestos en la fuente como por la posterior retención al distribuirse utilidades netas. Los pagos por regalías le siguen en importancia pues suelen ser asimilados a las utilidades, si bien no sufren retención al efectivizarse el pago. Los intereses pagan impuestos más reducidos, si bien pueden también ser asimilados a los dividendos cuando los pagos se realizan de filial a matriz o entre empresas vinculadas. En el pago del servicio y capital de la deuda, las empresas también se pueden ver favorecidas por el trato cambiario.

Se debe considerar también, en este punto, la transferencia de divisas que se suele realizar mediante sobrefacturación y subfacturación en el comercio de bienes entre empresas vinculadas, las que suelen también recurrir a estímulos fiscales y preferencias cambiarias en el comercio internacional.

4. ASPECTOS CONCEPTUALES

1. *Aspectos conceptuales.* El establecimiento de normas especiales referidas a la inversión extranjera y en especial a la inversión extranjera directa, es una de las excepciones más importantes al ya expuesto axioma económico liberal de *libre movilidad de los factores*, reconocido en la mayoría de las constituciones modernas (art. 5 de la Constitución de México), excepción basada en principio en el *status* de nacionalidad.²³ Sin embargo, su regulación está claramente orientada

²² El Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (D.O. 25/II/82) define a las empresas subsidiarias en el art. 16 como "aquellas que tengan más del 25% de su capital social suscrito en poder del proveedor extranjero, en el caso concreto".

²³ "La libertad de comercio y de industria es el poder de decidir a qué tipo de explotación debe uno dedicarse, así como el lugar donde ha de ejercerse dicho comercio, etcétera." André HAURIU, Jean GICQUEL, Patrice GELARD, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Ariel, Barcelona 1980, p. 215.

por criterios de política económica que reviste características diferenciadas en cada país. Es por ello que en estos primeros párrafos deslindaremos criterios conceptuales de derecho comparado, con especial referencia al derecho mexicano.

4.1. *Concepto de inversión.* La inversión es un concepto económico que no tiene una traducción precisa y aceptada en el campo del derecho. En términos económicos se la identifica con la formación de capital, "consiste en los aumentos de los *stocks* o fondos de edificios, equipos y existencias",²⁴ ampliando el concepto algunos autores al mantenimiento del capital existente.²⁵ La economía marxista la asocia con la reproducción (simple o ampliada) del capital. Sin embargo, estas definiciones corresponden más bien al marco de la "macroeconomía" y a los estudios de las cuentas nacionales. En la misma ciencia económica se habla de inversión cuando se hace referencia a la financiera y a la que se realiza en acciones de empresas, casos en los cuales no necesariamente se produce un incremento del "capital" en el sentido definido anteriormente.

Esta dualidad se pone de manifiesto también cuando analizamos el concepto de "capital", se entiende por tal al conjunto de bienes organizados para la producción de otros bienes y a los *stocks* de bienes intermedios necesarios para el proceso productivo o, en sentido amplio, incluye el capital comercial y financiero. Considero que en ambos casos el concepto económico amplio es el que más se parece al tenido en cuenta por el derecho.²⁶

Podemos adelantar, en consecuencia, que el concepto de inversión se vincula a dos temas centrales: la formación y mantenimiento de capital productivo, mercantil y financiero; y, consideramos importante agregar, la búsqueda de un rédito o ganancia.

En términos jurídicos lo podemos definir como un acto jurídico o un conjunto de actos jurídicos mediante los cuales una persona física o moral dispone de bienes para que los mismos le redituen una utilidad.

4.2. *Nacionalidad de las personas y nacionalidad de las inversiones.* En su origen la nacionalidad como atributo solo se otorgaba a las personas físicas y derivaba en la definición de los derechos políticos que

²⁴ SAMUELSON-NORTHANS, *Economía*, Ed. McGraw Hill, 12a. edición, Madrid 1986, p. 131.

²⁵ "La inversión es el gasto dedicado a incrementar o a mantener el stock de capital", RUDIGER, Dornbusch-STANLEY, Fischer, *Macroeconomía*, Ed. McGraw Hill, Madrid 1988, p. 314.

²⁶ MARX, Carlos, *El Capital-Crítica de la Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, México.

tenía la misma en una sociedad organizada, sus posibilidades de circulación e inclusive sus cargas fiscales o de trabajo forzoso. Con posterioridad, al vincularse la nacionalidad con la protección del Estado a sus ciudadanos, comenzó a extenderse este atributo a las personas morales, sin que esto implique reconocer paz en la doctrina respecto a si se debe o no otorgar nacionalidad a las personas colectivas.

En los países en que se reconoce nacionalidad a las personas jurídicas el criterio general utilizado es la determinación del carácter de extranjero por exclusión: son extranjeras todas las personas jurídicas que no son nacionales. El atributo de "nacional" se otorga cuando la sociedad se constituye con apego a la legislación nacional y constituye domicilio legal en el país.²⁷ Esta es la orientación seguida por la legislación mexicana: que "se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal".²⁸

Este criterio, exclusivamente formalista, resulta poco práctico en las oportunidades en que la nacionalidad reviste importancia como atributo jurídico, por lo cual repetidamente se ha debido recurrir a excepciones. La más notoria y comentada surgió cuando se debieron calificar a las personas morales en tiempo de guerra. Generalmente se recurrió a la investigación de la nacionalidad y domicilio de los socios y en especial a la sede real de quienes tenían el control de las empresas. Así sucedió en la mayoría de los países durante y con posterioridad a las dos guerras mundiales.²⁹

Tampoco resulta útil este criterio para atribuir nacionalidad cuando pretendemos analizar y reglamentar la inversión "extranjera"; de hacerlo así, casi todas las empresas multinacionales del país con mayoría de inversión extranjera deberían ser consideradas como nacionales. Por tanto, una empresa puede ser a la vez de nacionalidad mexicana y la inversión que realiza ser considerada una inversión "extranjera".

4.3. *Origen del flujo de capitales.* Se tiende a identificar la inversión extranjera como aquella que origina flujo de capitales entre dos o más países. Así se interpreta generalmente el informe de los funcionarios públicos, también es la idea con que utilizan el concepto los economistas. Sin embargo este criterio no es adoptado por casi ninguna legislación, y la excepción más común es que en derecho comparado, casi unánimemente, se considera la reinversión de utilidades de una em-

²⁷ FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. *El Control de las Empresas Multinacionales*. Ed. Tecnos, Madrid 1983, p. 49.

²⁸ Ley de Nacionalidad y Naturalización con Reformas y Adiciones. *Diario Oficial* (México), 20 de enero 1934.

²⁹ FERNÁNDEZ MORENO, Antonio, *op. cit.*, p. 47.

presa con mayoría de capital extranjero como inversión extranjera, siendo que no ha significado ningún flujo de divisas del exterior hacia el país. Muchos años, en México, la reinversión de utilidades de empresas de mayoría de capital extranjero ha sido más importante que la inversión extranjera que implicó flujo de divisas desde el exterior (denominada inversión neta).

El criterio del flujo de divisas desde el exterior coincide más con la interpretación de la llamada inversión financiera externa o endeudamiento externo; al que se suele asimilar, sin embargo, el endeudamiento interno denominado en moneda extranjera.³⁰

En algunos casos, el flujo de moneda de denominación diferente a la nacional es parte esencial en la definición de extranjera de la inversión, como sucede en la legislación nicaragüense.³¹ En otras legislaciones (Pacto Andino) el flujo del exterior es parte de la conceptualización de la inversión extranjera.³² En ambos se enuncian excepciones, destacando la ya apuntada de la reinversión de utilidades.

En la normatividad mexicana, el flujo externo de divisas es uno de los requisitos que debe cumplir el inversor para beneficiarse de la excepción establecida en el reglamento respecto a la mayoría de capital nacional que se exige para las actividades no enumeradas específicamente en la ley, y debe provenir de capital de los socios o accionistas o de financiamientos otorgados por personas morales extranjeras o instituciones de crédito con recursos provenientes del exterior.³³

4.4 *El Carácter de Extranjero de la Inversión en México.* La legislación mexicana establece diferencias entre personas físicas y morales para calificar la extranjería de la inversión si bien, en definitiva, es el concepto de persona física extranjera el determinante.

³⁰ Los graves problemas inflacionarios en los países del tercer mundo han motivado el florecimiento de títulos de deuda vinculados (*indexados*) a una variable estable, como el índice de precios, del salario básico o industrial, y en muchos casos a una divisa extranjera (dólar) o a una balanza de divisas. Sin embargo, la vinculación no significa que se pague en la divisa extranjera, sino en moneda nacional multiplicada por el índice respectivo.

³¹ Ley n.º 31 —Ley de Inversiones Extranjeras, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de Nicaragua, el 11-XII-1987, "...art. 3: Para los efectos de esta Ley se considerará inversión extranjera directa al capital de riesgo proveniente del exterior consistente..."

³² Decisión 220, del 18-5-87. Régimen común de tratamiento de los capitales extranjeros y sobre patentes, licencias y regalías. "... art. 1. Para los efectos del presente Régimen se entiende por: Inversión extranjera directa: los aportes provenientes del exterior..."

³³ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, art. 5, frac. II. Publicada en el *Diario Oficial*, México, 16 de mayo de 1989, p. 11 y ss.

La ley califica la inversión, y la califica según el sujeto que la realiza. Será extranjera si es realizada: a) por personas físicas o morales c) por empresas mexicanas (hubiera sido preferible decir por personas morales de nacionalidad mexicana) en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los extranjeros tengan la facultad de determinar el manejo de las empresas.³⁴ El primer tema a destacar es que no se considera para la calificación el origen de los capitales, si provienen del exterior, o si implican compromisos futuros de pagos al exterior; *inversión extranjera es la realizada por una persona extranjera.*

Respecto a las personas físicas extranjeras no se presenta ningún problema, nos debemos atener a las disposiciones constitucionales y a la ley de nacionalidad, igualmente respecto a las personas morales extranjeras —si bien las residentes en el país son muy pocas—. El rubro más importante es el correspondiente a las empresas en que participe mayoritariamente capital extranjero, pues en ese caso se debe analizar la composición de capital de las empresas que invierten capital hasta llegar a las personas físicas o a personas morales extranjeras. En efecto, una empresa puede crearse con aportes de empresas de nacionalidad mexicana, pero cuyo capital fue integrado mayoritariamente por extranjeros; en ese caso se tratará de una empresa con mayoría de capital extranjero y en consecuencia el aporte de capital que realiza se considerará extranjero.

El aporte de capital de una persona moral con mayoría de capital extranjero se debe considerar como extranjero en su totalidad, pues se supone que el control de la empresa aportante lo tienen los extranjeros.

La caracterización de la extranjería tomando en cuenta exclusivamente la nacionalidad del inversor, cuando se trata de personas físicas, y la nacionalidad de los aportantes de capital —o de quienes controlan la empresa— cuando se trata de personas morales, motiva que automáticamente se consideren como inversión extranjera las reinversiones de utilidades de las empresas con mayoría de capital extranjero o las inversiones que las mismas realizan con créditos obtenidos en el mercado nacional.

4.5. *Inversión extranjera propiamente dicha e inversión de cartera.* La inversión de capital financiero en la compra de acciones de una empresa puede o no conllevar la voluntad de lograr el control de la misma, pero resulta claramente diferente de la acción de organizar una unidad productiva de bienes y servicios. Esta inversión en el capi-

³⁴ Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 9 de marzo de 1973, art. 2.

tal de una empresa ya existente mediante la adquisición de acciones es denominada inversión en cartera. Algunos autores consideran que es parte del concepto de "inversión de cartera" la ausencia de voluntad de lograr un control de la empresa, lo cual resulta muy difícil de probar;³⁵ la legislación española, sin embargo, basa en este principio la diferenciación.³⁶

En general, el derecho no recoge esta diferenciación sobre la voluntad de control, si bien en el régimen de la inversión extranjera se trata específicamente la inversión en acciones, y se hace referencia a la posibilidad de controlar una empresa. En algunos casos se regula específicamente la llamada "adquisición hostil", consistente en la compra de acciones de una empresa para lograr su control, con desconocimiento o pese a la negativa expresa de la persona o grupo económico que anteriormente la controlaba.

El control de una empresa es un punto difícil de precisar cuantitativamente, si bien los autores coinciden que para ello se necesita disponer de un porcentual de acciones muy por debajo del 50%. La ley mexicana exige que se solicite autorización cuando los inversionistas extranjeros adquieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos y cuando la administración de la empresa pueda ser determinada o caiga en manos de extranjeros,³⁷ que sería un principio de conceptualización. También establece en su reglamento la llamada inversión neutra, consistente en inversiones en cuotas de capital que otorgan derecho a participar de los beneficios pecuniarios de la misma pero no en las decisiones corporativas, es decir, una típica inversión de cartera en el sentido estricto del término.³⁸

4.6. *Inversión extranjera directa e inversión financiera.* La inversión extranjera se puede realizar en unidades de producción o comercialización de bienes y servicios (*directa*) o a través del mutuo (*inversión financiera*). Desde la perspectiva del inversor, los préstamos que rea-

³⁵ FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *op. cit.*, p. 52 y ss. En igual sentido AZNAR SÁNCHEZ, Juan, *Las Inversiones Extranjeras en España*, Ed. Montecorvo, Madrid 1976, p. 219 y ss.

³⁶ La ley define a las inversiones de cartera por exclusión, como aquellas que se realizan mediante la adquisición de acciones, siempre que no constituyan inversiones directas. En este punto, considera inversiones directas "...las que pretendan realizarse mediante: a) la participación en una sociedad española que permita al inversor extranjero la influencia efectiva en la gestión o control de dicha sociedad..." Real Decreto Legislativo 1265/86 publicado en el B.O.E. 28/6/86: *Texto Articulado de la Ley de Inversiones Extranjeras de España*.

³⁷ Ley para promover... art. 8.

³⁸ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión... ver nota 10, arts. 13 a 15.

liza una institución financiera extranjera a una persona física o moral del país es una inversión extranjera; desde la perspectiva de quien la recibe es un "endeudamiento".

El endeudamiento externo se ha transformado en el principal problema estructural de las más importantes economías latinoamericanas en los ochenta (Brasil, México y Argentina).

En México el primer incremento de la tasa de endeudamiento se verificó en el periodo 1973-76, que pasó del 13% promedio de los años 1960/1972 al 44%, llegando a fines de 1976 a representar el 29% del P.I.B., destinándose la mayor parte del flujo positivo a inversiones del sector público. Otro periodo de intenso endeudamiento fue el de los años 1980/82, con un total de 52 150 millones de dólares, de los cuales 30 000 aproximadamente correspondieron al sector público. Al finalizar este periodo la deuda externa había pasado a representar el 54% del P.I.B., llegando en 1987 a significar el 75.4% del P.I.B., que se redujo, principalmente por amortizaciones beneficiosas del sector privado, al 56.8% del P.I.B., a fines de 1988.

El problema de la deuda externa de los países latinoamericanos es presentado generalmente como dificultades de los mismos para poder afrontar el servicio de la deuda, pero también como la imposibilidad de los prestamistas de recuperar su *inversión*.

Organismos internacionales vinculados directamente al tema del endeudamiento externo mundial —el Banco de Pagos Internacionales, que agrupa a los principales bancos centrales del mundo; la O.C.D.E. integrada por los principales países industriales capitalistas; el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial— han acordado una definición común —sujeta a ciertas aclaraciones y excepciones— que definen como *definición "central" de deuda externa*:

*Por deuda externa bruta se entiende el monto, en un determinado momento, de los pasivos contractuales desembolsados y pendientes de reintegro que asumen los residentes de un país frente a los no residentes, con el compromiso de rembolsar el capital, con o sin intereses, o de pagar intereses, con o sin reembolso de capital.*³⁹

Se excluye generalmente de este concepto la inversión realizada por inversionistas extranjeros en la moneda del país huésped, para beneficiarse en el corto plazo de las diferencias en las tasas de interés cuando se prevé cierta estabilidad cambiaria (arbitraje internacional), denomi-

³⁹ Banco Mundial-Fondo Monetario Internacional, *La Deuda Externa: definición, cobertura estadística y metodología*. Washington, 1988, pp. 9-10.

nado comúnmente "capital golondrina". Si bien estas inversiones se rigen por las mismas normas del inversor financiero nacional y tienen las mismas garantías y riesgos, significan una presión sobre las políticas económicas y en especial deben ser contempladas por las autoridades de la banca central del país huésped, pues cuando especulan sobre posibles modificaciones cambiarias o desaparecen los beneficios altos del arbitraje, cambian inmediatamente los capitales en moneda local por divisas fuertes.

Por otra parte, muchas de las inversiones financieras extranjeras son flujos monetarios entre empresas vinculadas, generalmente matriz y filial de una empresa transnacional. En la mayoría de los casos se trata de inversiones disfrazadas de préstamos, que se realizan de esta manera por conveniencias fiscales, cambiarias o políticas.⁴⁰ En el año 1988 los pagos de intereses al exterior por parte de las empresas transnacionales (a sus matrices o empresas vinculadas radicadas en el exterior) representaron el 22.4% de los pagos al exterior de las mismas:

PAGOS AL EXTERIOR DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Concepto	Años			
	1985	1986	1987	1988
Utilidades Remitidas	386.3	335.0	385.7	485.0
Utilidades Reinvertidas	231.8	587.1	661.7	748.9
Intereses	974.7	777.5	685.7	449.1
Regalías y otros pagos	273.1	355.7	302.8	318.8
Total:	1 865.8	2 055.3	2 027.2	2 001.8

FUENTE: Banco de México-Indicadores del Sector Externo.

El endeudamiento puede ser público o privado, dependiendo si la inversión financiera fue recibida por la administración pública o por particulares. Desde el punto de vista de los deudores, los organismos financieros internacionales clasifican las inversiones extranjeras en: a)

⁴⁰ Ejemplos: *Fiscales*: la tasa de impuestos por la percepción de intereses es generalmente más reducida que por la percepción de dividendos. *Cambiarias*: hay casos en que para el pago de intereses el gobierno vende divisas a cambio preferencial o inferior al que se cobra para el pago de dividendos, o que se limita la posibilidad de remitir dividendos. *Políticas*: en caso de expropiación se debería asumir la deuda en divisas con una empresa radicada en un país extranjero.

activos frente a los bancos, b) activos frente al sector público, y c) activos frente al sector privado no bancario.⁴¹

ESTRUCTURA DE LA DEUDA EXTERNA TOTAL DE MÉXICO

(Millones de dólares)

Concepto	1982	1988
Total	92 408	100 384
Sector Público	59 730	81 003
Sector Privado	23 907	7 114
Sistema Bancario	8 531	7 481
Banco de México	240	4 786

FUENTE: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1989.

Los inversores pueden ser: a) Organismos Internacionales: entre los que destacan el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (también conocido como Banco Mundial-BIRF o BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); b) Instituciones Financieras Estatales; generalmente bancos gubernamentales que promueven la exportación de bienes a otros países otorgando créditos de mediano y largo plazo a quienes realizan la importación, como el EXIMBANK de Estados Unidos, el EXIMBANK de Japón o el BANCO DE COMERCIO EXTERIOR de México; no se incluye en este rubro a la banca gubernamental que opera como banca privada; c) Banca Privada: también denominada banca comercial. En los préstamos que importan sumas importantes suelen establecerse sindicatos de bancos privados, en los cuales uno de ellos concerta las operaciones orientadas a reunir el dinero y vigila el cumplimiento de lo pactado por parte del receptor; se incluye en esta categoría a la descrita banca gubernamental que opera como banca privada. d) Endeudamiento Interno Vinculado a Divisas Extranjeras o a Canasta de Divisas: Las altas tasas de inflación han llevado a muchos gobiernos a vincular el monto e intereses de sus títulos de deuda a indicadores o índices más o menos estables: el costo de la vida, metales preciosos, precio del petróleo, una divisa de las llamadas fuertes o una canasta de divisas ponderada (la llamada indexación o indicación de las obli-

⁴¹ La Deuda Externa... p. 49.

gaciones). La deuda vinculada a monedas extranjeras o a la cotización internacional del oro, es asimilada a ciertos efectos al endeudamiento externo, por más que los títulos se hubieran colocado en el país y los acreedores fueran nacionales.

ESTRUCTURA DE LA DEUDA EXTERNA DEL SECTOR PÚBLICO MEXICANO

(Millones de dólares)

Concepto	1982	1988
Total:	59 730	81 003
Organismos multilaterales	5 041	10 420
Bilaterales y proveedores	2 847	8 794
Bancos comerciales	46 386	57 786
Bonos públicos, privados y otros	5 456	4 003

FUENTE: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1988.

Considerando el origen nacional de los acreedores, en 1988 el 22.6% de la deuda externa correspondía a Estados Unidos, 18.9% a Japón, 12.9% a organismos financieros internacionales, 11% a Inglaterra y el resto a otros países. En la estructura por tipo de moneda la preponderancia del dólar estadounidense es aún mayor: 76.8%, siguiéndole en importancia el yen japonés con el 9.8% del total.

Este tipo de "inversión extranjera" no es regulada generalmente por la llamada "legislación sobre inversión extranjera", con excepción en ciertos casos del acceso de las empresas con mayoría de capital extranjero al crédito externo (Nicaragua, países adheridos al Acuerdo de Cartagena) y al tratamiento de los endeudamientos que pueden ser considerados como inversiones disfrazadas.⁴²

4.7. *Inversión Extranjera Directa, Empresa con Mayoría de Capital Extranjero y Empresa Transnacional*: son conceptos que se suelen confundir, y una de las principales causas por las cuales no se ha nom-

⁴² La legislación española citada considera como inversión extranjera directa "la concesión de préstamos de duración superior a cinco años, con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos" (art. 5, inc. c). El Acuerdo de Cartagena al establecer el porcentual máximo de utilidades que se podía remitir al exterior (en relación a la inversión realizada) consideraba como tal al pago de intereses de una empresa radicada en la región a otra empresa radicada en el exterior vinculada a la misma.

brado específicamente la actuación de las empresas transnacionales habiendo tanta experiencia en la materia.

La inversión extranjera puede realizarse en montos que no signifiquen cambiar la calificación de la destinataria de la misma, la que seguirá siendo una empresa de mayoría de capital nacional.

Esta inversión proporcionalmente reducida, que no alcanza a cambiar la calificación legal de la empresa, puede permitir al inversor, sin embargo, tener el control de la misma (ver 1.5). Si el inversor es una empresa extranjera, o un grupo de empresas extranjeras vinculadas, estaremos ante una filial de una empresa transnacional. En términos generales, podemos definir como tal a una empresa que tiene unidades de comercialización o producción de bienes o servicios en más de un país —concepto sólo útil para esta primera distinción y que más adelante precisaremos.

La diferencia es importante en tanto algunas ventajas o desventajas de la inversión extranjera no guardan relación con las empresas transnacionales, y viceversa. Si se centra el interés del análisis en el flujo externo de capital neto se considerará la inversión extranjera directa en tanto tal, si se hace hincapié en la modernización tecnológica se dirigirá la atención a la empresa transnacional, o a la empresa extranjera.

Por otra parte, a la empresa transnacionales le resulta más fácil que a otras empresas realizar cierto tipo de negocios jurídicos que afectan la política económica del país huésped, que en muchos casos llegan a ser delictivos. Las sobrefacturaciones y subfacturaciones en las compras internacionales realizadas con el objetivo de lograr beneficios en el mercado de cambios, para evadir impuestos o para lograr cualquier otro tipo de ganancias en violación de la norma, no son conductas que sólo puedan realizar las empresas transnacionales, pero sin duda ellas tienen más facilidades y las realizan más habitualmente que otro tipo de empresas. Por ello, es necesario diferenciar la regulación de la inversión extranjera de la regulación de la empresa transnacional, si bien están estrechamente relacionadas.

La importancia de las empresas transnacionales en México no guarda relación con su tratamiento en los programas de política económica, en los informes sobre inversión extranjera y en especial en la política regulatoria de los poderes ejecutivo y legislativo. De las encuestas realizadas por una revista especializada en el ámbito de las grandes empresas —con limitaciones que la misma publicación enuncia en cuestiones de cobertura y metodológicas, pero sin duda lo suficientemente representativa como para permitir ciertas inducciones— vemos que el 13.4%

del cual más de la mitad (7.7%) estaba invertido en empresas 100% de capital extranjero, del capital invertido por las quinientas empresas más importantes es extranjero. De las cinco empresas más importantes (considerando las ventas) en 1988, tres tenían 100% de capital extranjero; considerando las diez primeras, cinco eran transnacionales, cuatro de ellas vinculadas a empresas norteamericanas, cuatro de ellas además registraban 100% de capital extranjero; de las cincuenta primeras, veintidós tenían capital extranjero en proporción significativa, nueve con menos del 50%. A ello se debe agregar que son estas empresas las que participan más activamente en la exportación e importación de bienes y servicios (conjuntamente con algunas de las principales paraestatales como Pemex y Conasupo).⁴³

4.8. *Inversión extranjera autorizada e inversión extranjera realizada*: La legislación sobre inversiones extranjeras generalmente exige que se solicite autorización para realizar la misma, o para obtener ciertas excepciones a la ley, obtenida la autorización el peticionante puede realizar o no la inversión. Es esta la primera diferencia entre inversión autorizada e inversión efectiva.

Sin embargo, la solicitud de inversión se suele presentar calendarizada, el volumen total autorizado se puede efectivizar en varios años y así generalmente sucede. Es por ello que la información gubernamental suele generar cierta confusión, pues se hace referencia indistintamente a los volúmenes anuales de inversión extranjera que ha solicitado autorización para radicars, a inversión autorizada en el mismo periodo, y a inversión neta efectiva.

4.9. *Inversión extranjera efectiva e inversión controlada*: desde el punto de vista del interés que reviste para un Estado saber la magnitud del capital que está sometido a las decisiones de extranjeros, al capital extranjero efectivamente invertido se le debe sumar el capital nacional controlado por el mismo. En una primera aproximación se debe sumar al capital extranjero el volumen de capitales nacionales que participan en porcentajes inferiores al 50% en empresas con capital extranjero.

Existe coincidencia entre los autores, sin embargo, que con un porcentual menor se puede lograr este control; por la atomización de las acciones, por el interés de los accionistas nacionales en que los ejecutivos estén vinculados a una empresa transnacional domiciliada fuera del país, por condicionamientos establecidos, contractualmente o de hecho, al suministrar tecnología —en especial si ésta es necesaria para el éxito de la empresa—, etcétera. Si bien las estimaciones son diver-

⁴³ *Revista Expansión*, México, agosto 16 de 1989, núm. 522.

sas, se puede afirmar que toda empresa en la cual más del 25% del capital es extranjero es controlada por inversores extranjeros,⁴⁴ llevando algunos autores esta cifra al 15%.

Resulta en consecuencia muy difícil determinar magnitudes precisas sobre la suma de los capitales extranjeros y los nacionales controlados por los primeros, así como su coeficiente respecto a la inversión nacional. A esto se debe agregar que las empresas transnacionales generalmente se ubican en sectores oligopólicos en los cuales su control es determinante e incluye el de sectores vinculados.⁴⁵ Las cifras por tanto deben ser analizadas con todas estas relativizaciones para que logren mostrar en toda su magnitud la importancia de la inversión extranjera y de la internacionalización del capital en el mundo contemporáneo.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

5. OBJETIVOS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

Al igual que las restantes instituciones de derecho económico, la legislación sobre derecho económico responde a concepciones estructurales de la economía de cada país y coyunturales de su política económica de corto y mediano plazo. En razón de ello son muy pocas las características comunes que hallamos en el derecho comparado y una de ellas es sin duda *tener un registro sobre las inversiones extranjeras* que permita incidir sobre la misma. Objetivos divergentes, como estímulo y control de la I.E.D. son también comunes a las legislaciones modernas, cambiando especialmente la incidencia mayor de uno u otro.

Pese a estas características divergentes, consideramos conveniente realizar una breve reseña de algunas leyes modernas que abordan esta temática en Iberoamérica.

⁴⁴ Porcentual utilizado por el Banco de México en sus metodologías de análisis estadístico de la inversión extranjera en México, medición de pago de dividendos e intereses al exterior por parte de empresas transnacionales, etcétera.

⁴⁵ La industria automotriz terminal es controlada en casi toda Latinoamérica por empresas extranjeras estadounidenses, alemanas, japonesas y francesas. Estas industrias establecen un control oligopológico del mercado automotriz, pero además controlan el mercado de distribución a través de contratos de exclusividad que obligan a cada distribuidor a vender vehículos nuevos de una sola fábrica (monopolio de oferta) y el mercado de autopartes, si bien éste tiene ciertas posibilidades de venta de refacciones o de adaptarse a la demanda de más de un fabricante (oligoposomio de demanda).

5.1. *El control de la inversión extranjera en España:* este país actualizó su legislación con motivo de su incorporación a la Comunidad Económica Europea, manteniendo la estructura básica anterior.¹ Uno de los objetivos fundamentales de esta legislación es precisamente garantizar a la inversión extranjera la libre transferencia de capitales e ingresos de los mismos hacia el exterior sin los límites establecidos por el sistema de control de cambios a los capitales nacionales.

5.1.1. *Sujetos de la regulación:* La ley establece un criterio dual, considerando que es extranjera la inversión realizada por personas extranjeras privadas físicas o morales, cualesquiera sea su residencia, y la realizada por españoles residentes en el exterior —artículo 1.1.—. Se asimila a la inversión extranjera la realizada por sucursales de las personas definidas como extranjeras por sociedades de nacionalidad española que tengan participación extranjera en su capital que supere el 50%, si el porcentual de participación supera el 25% y no excede el 25% se considerará como extranjera la inversión que realice en la proporción correspondiente.

En el caso de la Inversión Extranjera Directa, se aplica la ley cuando la inversión en una sociedad española permite al extranjero tener influencia efectiva en la gestión o el control de la misma. Este control se presume cuando dicha participación sea igual o superior al 20% del capital —artículo 1.3 del decreto legislativo; 5 y 8 de su reglamento—;² así como la reinversión de utilidades del inversor extranjero.

5.2 *Tipos de inversión extranjera:* la legislación española establece los siguientes tipos de inversión extranjera:

a) inversión extranjera directa: son aquellas que se realizan en una sociedad española y que permiten al inversor extranjero el control de la misma, la constitución de sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras, concesión de préstamos de duración superior a cinco años —con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos— y la reinversión de beneficios;

b) inversiones extranjeras de cartera: las que se realizan mediante la adquisición de acciones y que no constituyan inversión directa, es decir que no le permitan al inversor extranjero una influencia decisiva o el control de la empresa, el que se presume si la inversión es igual o superior al 20% del capital;

c) inversiones en bienes inmuebles: en términos generales son libres, sólo sujetas a reglamentaciones vinculadas a la defensa nacio-

¹ Real Decreto Legislativo 1265/86 B.O.E. 28/6/86.

² Real Decreto 2077/86, publicado en el B.O.E. 7/10/86, reglamentario del decreto legislativo 1265/86.

nal, a verificaciones administrativas en ciertos casos especiales y asimiladas a las inversiones directas cuando se realizan para sede de empresas;

d) otras inversiones: requieren autorización administrativa.

5.1.2. *Derechos de los inversores extranjeros:* Los titulares de inversiones extranjeras tienen derecho a transferir al exterior, sin límite, los capitales invertidos (repatriación) más las plusvalías obtenidas en su enajenación, los beneficios y dividendos repartidos, así como el resultado de la venta de derechos de suscripción de títulos valores. Tienen acceso al crédito interior y exterior en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales.

5.1.3. *Otras disposiciones de interés:* la legislación española aporta algunas precisiones en relación a la vinculación de empresas y a los canales de inversión. En el primer caso establece el criterio de "influencia efectiva en la gestión o control de la sociedad", el que se presume cuando existe una inversión del 20% o más. Establece que se considerará como realizada por un solo inversor, las aportaciones de diversas empresas integrantes de un grupo, considerando como tal al conjunto de empresas en las cuales hay unidad de decisión, con base en una sociedad dominante. Esta diferenciación es un avance en la relación de sujetos económicos únicos con diversidad de personería jurídica.

5.1.4. *Objetivos de la ley:* Al igual que la mayoría de las normas sobre inversión extranjera, un objetivo general de la ley es tener un registro y control de la inversión de extranjeros en España. En los aspectos más específicos garantizar a los extranjeros, a las empresas extranjeras y a los españoles radicados fuera del país, que si invierten en España no se verán limitados por la legislación sobre control de cambio en los aspectos vinculados a la repatriación de capitales, remisión al exterior de intereses, dividendos y pagos tecnológicos. El legislador considera que en la medida en que se garantice el flujo externo del capital invertido, es conveniente establecer un régimen especial favorable para el desenvolvimiento productivo del mismo.

En consecuencia, no establece ninguna restricción especial ni a la inversión extranjera directa ni a las empresas multinacionales. Conforme a la tendencia general de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, deja la vigilancia de las transnacionales a las disposiciones del Tratado de Roma sobre monopolios, prácticas monopólicas y en especial abuso de posición dominante; así como a la legislación nacional en la materia.

5.2. *El Acuerdo de Cartagena*: Si bien es una de las primeras regulaciones en la materia de América Latina, la modificación de la decisión 24 por la Decisión 270 (18/5/87) transforma sustancialmente el régimen anterior.

5.2.1. *Concepto de inversión extranjera*: se considera como tal a los aportes provenientes del exterior propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, al capital de una empresa. También a las reinversiones y a las inversiones en moneda nacional que por disposición legal otorgue derecho a enviar remesas de divisas al exterior.

No se consideran extranjeras las inversiones subregionales o las realizadas por personas físicas extranjeras residentes que renuncien al derecho de repatriar capitales o remitir divisas al exterior derivadas de la inversión.

La ley considera inversor extranjero al titular de una inversión extranjera. Establece a *posteriori* una tipología especial de empresas: a) *nacionales*: aquellas en la que los inversionistas nacionales privados tienen más del 80% del capital, b) *mixtas*: las constituidas con capital nacional en una proporción de 51% a 80%, o aquellas en las cuales el Estado o empresas paraestatales tengan más del 30% del capital. c) *extranjeras*: aquellas en las que el capital nacional es inferior al 51%.

5.2.2. *Efectos de la distinción*: los inversores extranjeros tendrán derecho a repatriar el resultado de la enajenación de sus acciones o a repatriar la cuota en que se reduzca la inversión extranjera. Son reexportables (repatriables), en consecuencia, los capitales invertidos, sus incrementos y las reinversiones realizadas.

Las empresas con inversión extranjera tienen derecho a recurrir al crédito externo, pero requieren de autorización tanto para ello como para hacer efectivos los pagos al exterior en concepto de amortización e intereses. Respecto al crédito interno, se remite a la legislación de cada país miembro.

Respecto a los dividendos, pueden girarlos libremente en divisas convertibles hasta el 20% de la inversión extranjera, si bien cada país puede aumentar libremente este porcentaje.

5.2.3. *Objetivos de la norma*: Uno de los objetivos iniciales de estas disposiciones fue formar un bloque común de negociación de los países miembros del Pacto Andino frente al capital transnacional, evitando que la amenaza de realizar la inversión en un país vecino o retirar la inversión hacia un país vecino fuera utilizada para obtener privilegios respecto al trato dado al capital nacional. La decisión en

análisis exige específicamente que no se otorguen más facilidades que las establecidas en el Acuerdo a la I.E.D. —art. 16—. En la misma orientación, establece como política general que se debe autorizar la inversión extranjera cuando se trate de zonas o áreas no bien atendidas, respondiendo siempre a las prioridades programadas.

Si bien la nueva disposición liberaliza en mucho el régimen de repatriación de capitales y pagos al exterior a los factores productivos, mantiene un cierto control para evitar que la posición dominante de las empresas transnacionales provoque alteraciones sustantivas en la balanza de cuenta corriente, al imponer la autorización y registro del endeudamiento externo, de su amortización y pago de servicios, y mantener un cierto tope a la remisión de dividendos.

5.3. *La Legislación Nicaragüense*: (Ley de Inversiones Extranjeras núm. 31, *La Gaceta*, 11 de diciembre de 1987, Decreto núm. 365: Procedimiento para la Autorización y Radicación de la Inversión Extranjera Directa. *La Gaceta* 1 de junio de 1988). Por el momento en que se dictaron estas normas y la carencia de antecedentes similares, considero que esta regulación es provisoria y será reajustada conforme a las experiencias que de la misma se deriven.

5.3.1. *Sujetos de la regulación*: el concepto de inversión extranjera es atípico, considerando exclusivamente el origen del capital de la unidad de producción. Si el mismo proviene del exterior, ya sea en monedas libremente convertibles, bienes de capital o intermedios, créditos externos, se considerará una inversión extranjera y, en consecuencia, su titular será un inversionista extranjero. En la medida en que se toma en cuenta sólo el origen de los capitales y no la nacionalidad o residencia de los inversores, una persona física o colectiva puede ser simultáneamente inversor nacional y extranjero ya que puede organizar una unidad de producción con bienes traídos del exterior (inversión extranjera) y otros que se encuentran en el país. El reglamento citado al inicio no aclara esta situación, si bien la definición del inversionista como extranjero no acarrea ninguna consecuencia jurídica, por lo cual el problema es meramente teórico.

La ley también considera inversión extranjera la reinversión de utilidades generadas por la inversión extranjera que legalmente se pudieron enviar al exterior, previa autorización de la reinversión.

5.3.2. *Requisitos para la efectivización de la I.E.D.* La inversión extranjera directa debe ser aprobada administrativamente (Ministerio de Cooperación Externa) y registrada en el Banco Central. Una vez

aprobada en términos generales, se suscribe un convenio de radicación, que regulará supletoriamente cada inversión en particular.

5.3.3. *Efectos de la autorización de la I.E.D.* La inversión extranjera directa quedará siempre sujeta a la legislación nacional y al régimen fiscal vigente, salvo cláusulas modificatorias incluidas en el convenio de radicación en el último aspecto. La I.E.D. tendrá derecho a repatriar total o parcialmente el capital registrado, remitir al exterior las utilidades generadas, y reportar equipo y planta. Para ello se le garantiza el acceso a las divisas que requiera. Todos estos derechos se sujetan a las disposiciones correspondientes al convenio de radicación o a la resolución de aprobación de la inversión.

El inversor extranjero tiene acceso al crédito externo, si bien se limitará su capacidad de endeudamiento en la autorización administrativa. El acceso al crédito interno sólo se autoriza en créditos de corto plazo destinado al pago de salarios (capital de trabajo lo denomina la ley).

5.3.4. *Comentarios generales:* la ley establece criterios muy amplios tanto para la evaluación como para el establecimiento de derechos y obligaciones de la I.E.D. Con excepción de la obligación de solicitar autorización administrativa y suscribir un contrato de radicación, casi todas las disposiciones pueden ser modificadas por el acuerdo de partes derivado del mismo. Incluso un tema tan importante como el régimen de adquisición de divisas necesarias para la repatriación de capitales o envío de utilidades se fijará en el convenio de radicación.

La legislación nicaragüense se orienta a lograr inversión extranjera que incremente su capacidad productiva, incorporando innovaciones tecnológicas, pero manteniendo un control gubernamental sobre la misma. La flexibilidad otorgada al poder administrador le permitirá sin duda adecuaciones convenientes a cada inversión, pero también incrementa el margen de presión de las empresas multinacionales en las negociaciones. Es conveniente que en un plazo breve y obtenida la debida experiencia se modifique la legislación y su reglamentación, estableciendo reglas de juego más precisas. La experiencia internacional indica que la I.E.D. rehuye los países en los cuales éstas no existen, aun en el caso en que el poder administrador esté dispuesto a otorgar beneficios adicionales que superen los de otros países.

5.4. *La Legislación Mexicana:* La Constitución Política de México de 1917 prohíbe a los extranjeros la adquisición de inmuebles en las franjas de cien kilómetros al interior de las fronteras sur y norte y de cincuenta kilómetros a partir de las costas del Pacífico y del Atlán-

tico; en los restantes casos les exige que antes de la adquisición renuncien a solicitar ayuda a sus gobiernos en caso de conflictos con el gobierno mexicano, bajo apercibimiento de perder lo adquirido en favor de México si lo hicieren (Cláusula Calvo). El tema no fue abordado específicamente hasta la reforma de 1983 que incluyó las facultades del Congreso de la Unión para legislar en la materia.

Con excepción de las normas relativas a explotaciones agrícolas y petroleras, la regulación de la inversión extranjera adquiere cuerpo a partir del Decreto de Emergencia de junio de 1942, que aprobó la suspensión de garantías constitucionales dictadas por el Congreso. Los decretos que emergen de esta disposición, muchos de los cuales subsistieron cuando se levantó la legislación de emergencia, plasmaron los principios generales de la L.I.E. de 1973.

5.4.1. *Sujetos de la ley.* Como se expresara *ut supra* (4.7.) la ley no califica sujetos sino inversiones: son inversiones extranjeras las realizadas por personas físicas y morales extranjeras, así como empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los mismos tengan el manejo de la empresa. Incluye la ley a las unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica. El Reglamento define al *inversionista extranjero* como *las personas, unidades y sociedades a que se refiere el art. 21 de la ley, con excepción de los extranjeros radicados en el país con calidad de inmigrados...* (art. 1 frac. VII), en un claro error derivado de no comprender la sutileza del legislador de calificar la inversión y no al inversionista a efectos de no caer en dobles nacionalidades que serían inconstitucionales, como se explicará más adelante.

A esta primera clasificación entre nacionales y extranjeras agrega luego las realizadas por empresas con cláusula de exclusión de extranjeros. La ley no toma en cuenta el origen de los capitales, ni la residencia de los inversionistas en términos generales, si bien la persona física con calidad de *inmigrado* es asimilada a la nacional.

5.4.2. *Efectos:* Las personas físicas extranjeras —incluyendo los inmigrados—, y las personas morales extranjeras o nacionales sin cláusula de exclusión de extranjeros, no pueden invertir en radio y televisión, transporte automotor urbano e interurbano, carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal y distribución de gas.

Las inversiones extranjeras —según la definición de 5.4.1.— en empresas que obtengan concesiones especiales para la explotación de reservas minerales nacionales no podrán superar el 34%. ni ser supe-

riores al 40% en las que se dediquen a la explotación de productos secundarios de la industria petroquímica, fabricación de componentes de vehículos automotores o al 49% en las actividades no enunciadas especialmente. Requerirán además autorización especial, además, para adquirir más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa o para manejar o administrar una empresa.

5.4.3. *Objetivos de la legislación:* La presión de la ley para que el capital extranjero se asocie con el nacional muestra al menos dos objetivos claros de inicio: facilitar a los mexicanos la inversión en empresas modernas con tecnología de punta que se incorpora a disputar el mercado local y establecer una forma indirecta de control nacional sobre la inversión extranjera. La ley hace referencia en su articulado a la modernización tecnológica, a la protección del mercado nacional y a la balanza de divisas, pero sólo como criterio de evaluación de las demandas especiales de autorización fuera de los porcentuales que ella fija. No se otorgan derechos o garantías especiales a las inversiones extranjeras; ni se establecen límites a la repatriación de utilidades, a la remisión de divisas al exterior por diversos conceptos (dividendos, regalías por tecnologías, intereses), tampoco establece normas especiales que regulen los negocios de empresas vinculadas ubicadas en diversos países.

Los límites naturales del mercado local de capitales, la política gubernamental de no realizar inversiones en empresas productoras de bienes y servicios (tendiendo por el contrario a privatizar aquellas que tiene o controla) y los condicionamientos de las empresas transnacionales de que se les permita organizar unidades de producción con 100% de inversión extranjera, han presionado la sanción de normas reglamentarias y administrativas que hacen a la ley bastante más elástica en su aplicación que lo que surge del contenido de la misma.

6. *La Inversión Extranjera Directa Frente a la Constitución:* La Fracción XXIX-F del art. 73 de la Constitución faculta al Congreso para "... expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional", que fue incluida en la reforma de 1983.³

6.1. *Cuestionamientos Constitucionales de la Ley de I.E.* Desde el momento de su sanción, la constitucionalidad de la ley sobre inversio-

³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983.

nes extranjeras fue cuestionada, y también lo fueron algunas de sus disposiciones específicas; igual suerte correspondió al actual Reglamento.⁴ Sólo en muy pocos casos las impugnaciones han sido motivo de decisiones judiciales; se trata en general de situaciones en las cuales las autoridades gubernamentales interpretan que se encuentran facultadas para autorizar inversiones y así lo hacen, por lo cual el interés afectado no se particulariza en alguien que pudiera presentar la queja ante los estratos judiciales:

... como tienden a beneficiar a los particulares —las resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras— no ha sido frecuente que sean impugnadas por la vía del juicio constitucional de garantías.⁵

En razón de ello han quedado en cuestionamiento meramente doctrinales, lo que ha permitido a las autoridades administrativas continuar con la aplicación de las disposiciones legales o reglamentarias que aparentemente violan la Carta Magna.

En sus primeros diez años de vigencia se cuestionó reiteradamente la facultad del Congreso de la Unión para dictar normas en la materia. La citada reforma de 1983 autoriza expresamente al Congreso a legislar en la materia e implícitamente a establecer excepciones a la disposición general de la carta magna que garantiza la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros. Este último aspecto había sido asimilado con anterioridad a las facultades de diputados y senadores de reglamentar la estancia legal de los extranjeros en el país y sus posibilidades de ejercer su profesión u oficio, otorgadas por la fracción X del citado art. 73.

El articulado que hace referencia a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras ha sido impugnado doblemente. Se afirma que el Congreso no puede crear comisiones intersecretariales, impugnación que ha sido desestimada mayoritariamente por la doctrina.

6.2. *Constitucionalidad de las Resoluciones Generales y Particulares de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.* Por otra parte, se cuestiona que esta Comisión dicte Resoluciones Generales, que van más allá de la interpretación individualizada, y por tanto

⁴ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. D.D.F., 16 de mayo de 1989.

⁵ ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *Las nuevas resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras*, Revista del Derecho Industrial, año 7, núm. 20, Buenos Aires, 1985, Ed. Depalma, p. 247.

son facultad indelegable del Congreso. Estas normas no pueden considerarse reglamentarias y, aún en este caso, deberían emanar del titular del Ejecutivo.

Las resoluciones particulares de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, basadas en las facultades discrecionales que le otorga la ley, son consideradas también inconstitucionales por la misma discrecionalidad en que se fundan. En su defensa, Álvarez Soberanis hace una distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, destacando la obligación de la Comisión de motivar y fundar la decisión y otorgar al afectado la posibilidad de alegar lo que a sus derechos convenga (arts. 14 y 16 de la L.I.E.).⁶ Considero que estos argumentos no son suficientes, la discrecionalidad implica arbitrariedad y si se pretendiera diferenciar estos términos otorgando una carga negativa mayor a la palabra arbitrariedad, es claro que la discrecionalidad puede llevar y lleva generalmente a la arbitrariedad. Por otra parte, no siempre el perjudicado es el sujeto que solicitó que no se le aplique la ley y se le otorgue el beneficio de una excepción de cualquier tipo; generalmente se afecta el interés general en cuya protección se dictó la ley y en muchos casos se afecta además derechos de terceros. Se puede inferir fácilmente que si las empresas transnacionales solicitan que se les libere de integrar sus capitales con capitales nacionales es porque consideran que de esta manera se encontrarán en una situación económica más ventajosa en la producción de bienes y servicios, pues podría utilizar su tecnología más avanzada y el *know how* de la empresa sin peligro de difusión al exterior de la empresa, e igualmente podrá organizar sus transacciones con la matriz sin interferencias de otros sujetos. Al otorgarse la autorización se afecta no sólo a las empresas nacionales, sino a las inversiones extranjeras que en la misma rama de la producción cumplieron estrictamente con la ley y en consecuencia serán sujetos pasivos de una *competencia desleal* basada en una facultad discrecional de un ente administrativo que pudo negarles a ellas lo que otorga a otra. Así sucedió con la solicitud de una empresa que produce bienes informáticos, a la que se autorizó una inversión 100% de capital extranjero (agosto/septiembre de 1985) lo que motivó que se sintieran afectadas otras empresas de la competencia, muchas de las cuales lograron se amplíe esta resolución en su favor.

Las normas aludidas, claramente inconstitucionales, se han seguido aplicando por cuanto violentan la Constitución en favor de particu-

⁶ *Ibidem*.

lares y en contra sólo del interés general. Ello ha motivado que, como se afirmó *ut supra*, no hayan sido objeto de cuestionamiento ante la justicia.

6.3. *Constitucionalidad del Reglamento de la L.I.E.* Entre las funciones normativas atribuidas generalmente al Ejecutivo está la de dictar reglamentos. La doctrina distingue en general tres tipos: a) reglamentos de ejecución, orientados a precisar conceptualmente una ley, en especial si es de aplicación genérica, y necesarios para que el poder administrador las pueda aplicar, b) reglamentos independientes o autónomos, referidos a facultades otorgadas expresamente por la carta magna al Poder Ejecutivo, c) reglamentos de organización, mediante el cual los poderes se organizan y distribuyen esferas de competencia y funciones.⁷ Esta clasificación resulta de interés porque ayuda a fijar los criterios de amplitud en la reglamentación que realiza el ejecutivo.

En el primer caso, reglamento de ejecución, que es el de nuestro interés, se trata de una delegación legislativa que se debe originar en la Constitución o en la propia ley reglamentada; si bien, por su extensión generalizada a casi todos los regímenes constitucionales clásicos, se suele presumir como inherente a la función ejecutiva,⁸ correspondiendo al Presidente o Primer Ministro en los regímenes parlamentarios. Las razones de esta práctica generalizada son varias: las asambleas legislativas están constituidas generalmente por políticos profesionales sin experiencia administrativa, sus procedimientos son generalmente muy lentos, sus intereses de control político del ejecutivo preponderan muchas veces sobre su interés legislador; razones todas agravadas por la creciente complejidad técnica de la función de gobierno.

Los reglamentos ejecutivos son entonces, por definición, de eficacia o validez inferior a las leyes que precisan, cuyo contenido no pueden modificar o abrogar. Tampoco incorporar normas generales que, so pretexto de llenar vacíos legislativos, impliquen asumir por parte del Ejecutivo facultades indelegables de los Cuerpos Legislativos. Se reconoce como excepción las facultades expresas que en la materia puede otorgar la Constitución. El control parlamentario del ejercicio de es-

⁷ BISCARETTI DI RUFFA, *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 494.

⁸ HORIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Colección Demos, Barcelona, Ed. Ariel, 1980, p. 533. LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel Ciencia Política, 1983, p. 274.

tas facultades es generalmente menor, no así el del Poder Judicial que en algunos países (Estados Unidos de América) llega a ser muy estricto y limitativo.⁹

Si bien la Constitución Política de México no otorga claramente esta función al Poder Ejecutivo, pero por considerarla inherente al mismo o por deducirla —un poco forzosamente— del articulado de la misma, en especial del art. 89 frac. I y 92, la doctrina y la jurisprudencia se la atribuyen, en el marco expuesto precedentemente: es un conjunto de disposiciones normativas, necesarias para la buena ejecución de una ley, a la cual se encuentra subordinada.¹⁰ Los reglamentos derivados de los arts. 21 y 27 de la Constitución corresponden a los que hemos denominado reglamentos autónomos y los Reglamentos Interiores de las Secretarías son ejemplos de los denominados "organizativos".

El Reglamento de la L.I.E. de 1989 fue impugnado desde el momento mismo de su publicación. El argumento principal y más sólido es que vía reglamentación, el Ejecutivo está sancionando normas generales que son facultad indelegable del Congreso y en muchos casos, modifica en partes sustantivas las disposiciones de la ley o realiza interpretaciones excesivamente literales sobre la facultad de reglamentación.

Enunciaremos algunos casos de contradicción evidente entre ambos textos:

a) La L.I.E. dice que "se requerirá la autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de actividad económica de que se trate cuando... personas físicas o morales a que se refiere el art. 2 adquiera... más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos... Serán nulos los actos que se realicen sin esta autorización".

El Reglamento expone que se requerirá autorización de la Secretaría (según el art. 1 fracción II, sería la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, que no es lo que dice la L.I.E.) cuando los inversionistas adquieran acciones o activos fijos... Cuando, como resultado... se rebase la proporción del 49% del capital social o de los activos fijos..."

El caso más flagrante de inconstitucionalidad es, sin embargo, el establecido por el capítulo IV —De la Inversión Extranjera Temporal— del Reglamento (arts. 23 a 26 incluidos), pues no sólo altera

⁹ HOURIOU, A., *op. cit.*, p. 533; LOWENSTEIN, K., *op. cit.*, p. 275.

¹⁰ CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Ed. Siglo XXI, 1978, pp. 105 y ss.

las claras disposiciones de la ley sino que lo hace en temas que la misma considera son de importancia sustantiva. En efecto, la ley asimila a los extranjeros que tienen el carácter de inmigrados con los mexicanos, con la excepción de las actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

7. *Tipos de inversión*: La ley califica a la inversión de mexicana o extranjera según el sujeto que la realiza, pero no califica a los sujetos o inversionistas como nacionales o extranjeros como lo hacen leyes de otros países. Distingue claramente las personas extranjeras de las que tienen mayoría de inversión extranjera en su capital y expresa que *la inversión* que realiza un extranjero con calidad migratoria de *inmigrado* se asimila a la inversión mexicana. El Reglamento incorpora una cuota importante de confusión al incorporar la categoría de *Inversionista Extranjero*, diciendo que son "las personas, unidades y sociedades a que se refiere el art. 2 de la Ley, con excepción de los extranjeros radicados en el país con calidad de inmigrados..."

Según el Reglamento una persona moral con nacionalidad mexicana pero en la que participe mayoritariamente capital extranjero es un *inversionista extranjero*. El inmigrado, en cambio, no es un *inversionista extranjero*. Esta calificación no guarda coherencia con el sistema jurídico y, como lo expresáramos, tira por tierra la sutileza del legislador que no quiso establecer estas confusiones que generan idea de doble nacionalidad: el inmigrado es extranjero cuando realiza cualquier actividad, inclusive cuando invierte, *su inversión* es asimilada a la inversión mexicana. Las *personas morales mexicanas* tienen nacionalidad mexicana y por tanto son *inversionistas mexicanos*, si bien *su inversión puede ser o no extranjera*.

Realizada esta aclaración, que consideramos de suma importancia para la comprensión y aplicación de la ley, enumeramos sucintamente los tipos de inversión que realizan las personas según el capital que las integra.

7.1. *Personas que realizan inversiones extranjeras*:

7.1.1. Las personas físicas extranjeras, que se definan a *contrario sensu* como aquellas que no son mexicanas, según lo dispuesto por la Constitución y la Ley de Nacionalidad y Naturalización,¹¹ que en su art. 6 expresa: *Son extranjeros los que no sean mexicanos*. La citada ley comienza definiendo la nacionalidad de las personas físicas

¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1934.

mexicanas: *Art. 1: Son mexicanos por nacimiento: los que nazcan en el territorio de la República . . . los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana; los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas. Y por naturalización los que obtengan Carta de Naturalización de la Secretaría de Relaciones Exteriores así como quienes contraigan matrimonio con mexicanos y residan en el país, previo trámite correspondiente.*

Los extranjeros con calidad migratoria de inmigrados no realizan inversiones extranjeras, como se verá más adelante.

7.1.2. Las personas morales extranjeras, que al igual que las físicas se definen como aquellas que no tienen nacionalidad mexicana. El art. 5 de la Ley de Nacionalidad . . . expresa que *Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal.*

7.1.3. Las unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica: se debe entender que la ley se refiere a sociedades de hecho y a personas extranjeras que sin tener radicados negocios autónomos en México realizan inversiones en sociedades mexicanas pudiendo en su caso haber adquirido acciones de las mismas en México o en el exterior. Algunos autores ejemplifican con los fideicomisos, sin embargo consideramos que si bien los mismos carecen de personalidad jurídica (se trata de un contrato, no de una persona moral), es el fiduciario quien teniendo personalidad jurídica realiza los negocios vinculados al patrimonio afectado al fideicomiso, o un representante que actúa en su nombre, por lo cual no es posible que resulte titular de un derecho en tanto "fideicomiso".

7.1.4. Personas morales mexicanas en las que participa mayoritariamente capital extranjero. A tales efectos se debe considerar la historia de la inversión: si una empresa "A" recibe inversión mayoritaria de una empresa "B" de nacionalidad mexicana integrada a su vez mayoritariamente por aportes de "X" e "Y" que son extranjeras, la inversión de "B" debe considerarse como extranjera y las futuras inversiones de "A" serán consideradas también como extranjeras.

7.1.5. Empresas mexicanas con mayoría de capital mexicano pero en las cuales los extranjeros tengan, a cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

7.2. Personas que realizan inversiones mexicanas:

7.2.1. Las personas físicas mexicanas y las personas morales mexicanas en las cuales no participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los mismos no tengan el control sobre sus decisiones.

7.2.2. Las personas físicas extranjeras con calidad migratoria de *inmigrados*, salvo cuando por razón de su actividad se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior. No pueden, sin embargo, realizar las inversiones enumeradas en el art. 4, 2a. parte, o áreas geográficas reservadas a mexicanos o sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, pues las inversiones del *inmigrado* son asimiladas a las de los *mexicanos*, pero no los hace mexicanos. La L.I.E. los excluye expresamente, sin embargo, para evitar confusiones.

El Reglamento considera que una persona está vinculada con centros de decisión económica del exterior cuando presta directa o indirectamente servicios personales subordinados de cualquier tipo a un inversionista extranjero o cuando depende de un inversionista extranjero para comercializar los bienes y servicios que produce, por lo que hace a los mismos (art. 4).

7.2.3. Las personas morales con cláusula de exclusión de extranjeros, exclusión que comprende a los inmigrados. En una figura especial originada en la práctica durante la vigencia del sistema de emergencia originado en la segunda guerra mundial a que se hizo referencia con anterioridad. Estas sociedades según se verá pueden invertir en algunas actividades que están vedadas inclusive a personas morales mexicanas con mayoría de inversión mexicana.

7.3. Inversiones que no se contabilizan para determinar los porcentuales de participación extranjera: El reglamento, recogiendo en parte disposiciones de resoluciones administrativas anteriores, reconoce algunas personas extranjeras o con mayoría de inversión extranjera que al realizar una inversión no se considerará la misma en el porcentual autorizado a la inversión extranjera, pero que tampoco se considera como mexicana. Se trata de una situación diferente a la del extranjero inmigrado, cuya inversión es asimilada a la mexicana. En estos casos la inversión "no se computará para el efecto de determinar el monto y proporción de la participación de inversionistas extranjeros en el capital social de las sociedades emisoras . . ." (art. 13 6 par. del Reglamento). Así, una empresa "A" con 51 millones de inversión mexicana, 49 millones de inversión extranjera y 30 millones de inversión de una sociedad financiera internacional para el desarrollo realizará inversiones mexicanas; una sociedad "B" con 49 millones de inversión mexicana, 51 millones de inversión extranjera y 30 millones de una sociedad financiera internacional para el desarrollo realizará inversiones extranjeras. Estas inversiones son:

7.3.1. Las sociedades financieras internacionales para el desarrollo: personas morales extranjeras cuyo objetivo primordial consiste en fomentar el desarrollo económico y social de los países en proceso de desarrollo, mediante la aportación de capital de riesgo temporal, el otorgamiento de financiamientos preferenciales y el apoyo técnico de diverso tipo.

7.3.2. Los extranjeros titulares de inversiones neutras: que son certificados de participación ordinarios emitidos por instituciones fiduciarias en fideicomiso cuyo patrimonio está constituido por acciones representativas del capital social de sociedades cuyas acciones son cotizadas en bolsas de valores mexicanas, siempre que las acciones fideicometidas integren series "N" o Neutras y cumplan otros requisitos reglamentarios menores.

8. Límites a la inversión extranjera:

La inversión extranjera es restringida en su accionar conforme a una clasificación de actividades que realizan la Constitución y la L.I.E. con ciertas aclaraciones de su Reglamento. Respecto a este último, consideramos su articulado relativizándolo conforme a lo expuesto respecto a la constitucionalidad de partes del mismo.

8.1. *Actividades de las que está excluida la inversión extranjera.* Siendo la inversión extranjera una especie de la inversión particular, no puede abordar las actividades de las que se excluye a los particulares, a saber: petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear, minería en los casos a que se refiere la ley de la materia, electricidad, ferrocarriles, comunicación telegráfica y radiotelegráfica. Estas actividades se deben considerar según la definición obrante en los decretos o resoluciones administrativas de cada área o, en su defecto, de acuerdo a lo establecido en la Clasificación Mexicana de Actividades Económicas y Productos elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.

Algunas actividades son reservadas por la ley a personas físicas mexicanas y a personas morales que en su contrato social tengan una cláusula que impida a las personas físicas o morales extranjeras y a personas morales nacionales con inversión extranjera en cualquier proporción, invertir en su capital social, denominadas "*sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros*".

Estas actividades son: radio y televisión, transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal y distribución de gas.

8.2. *Límites a la inversión mexicana realizada por personas morales con participación de inversión extranjera:* Según la definición de la L.I.E., las personas morales mexicanas en las que no participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los mismos no tengan el control sobre sus decisiones realizan inversiones mexicanas. Sin embargo, en ciertas actividades no podrán invertir si la inversión extranjera supera ciertos porcentuales. Para fabricar componentes automotores o productos secundarios de la industria petroquímica la inversión extranjera en la empresa que la aborde no podrá superar el 40%. En la explotación y aprovechamiento de sustancias minerales, la inversión extranjera dentro de la empresa no podrá superar el 34% cuando se trate de concesiones especiales para la exportación de reservas minerales nacionales.

8.3. *Actividades en que puede participar la inversión extranjera:* Se puede realizar inversión extranjera hasta el 49% del capital de las empresas que realicen cualquier actividad de las no enumeradas precedentemente o que se enumeran en leyes especiales.

La L.I.E. dice que podrán tener esta participación "cuando las disposiciones legales o reglamentarias no exijan un porcentaje determinado" ya que con anterioridad al enumerar las cuotas de participación del capital extranjero establece genéricamente: "las que señalen las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal". La simple lectura del texto indica claramente que el legislador interpretó que el Ejecutivo Federal o las leyes específicas podrían imponer mayores restricciones a la inversión extranjera, y en su defecto estableció la cuota genérica del 49%. Sin embargo el Poder Ejecutivo ha interpretado que de estas normas surge una autorización genérica para autorizar vía reglamento inclusive inversiones extranjeras del 100% (ver Reglamento art. 5).

8.4. *Actividades en que puede realizarse inversión extranjera sin límite:* El Reglamento autoriza la inversión extranjera con cualquier proporción en el capital de empresas para realizar actividades no incluidas en la Clasificación Mexicana de Actividades Económicas y Productos del I.N.E.G.I. sin necesidad de solicitar autorización a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial siempre que cumplan en otros los siguientes requisitos: que inviertan en activos fijos, con recursos financieros provenientes del exterior, ubicando los establecimientos industriales fuera de las zonas de mayor concentración industrial y mantengan un saldo equilibrado en su balanza de divisas acumulado durante los tres primeros años de operación.

Además del carácter inconstitucional de la disposición, no se entiende el motivo de suponer que las actividades no enumeradas por olvido o desconocimiento o por tratarse de nuevas actividades desarrolladas con posterioridad a la elaboración de la lista, puedan carecer de importancia estratégica para el desarrollo, la salud de los habitantes o la defensa nacional como para autorizar en blanco la posibilidad de que sean abordadas por empresas con capital extranjero en el 100%.

Los inversionistas extranjeros no podrán adquirir además acciones o activos fijos de las sociedades existentes cuando se rebase el 49% del capital social o de los activos fijos, salvo autorización de la Secretaría (Reglamento art. 7).

LA CUESTIÓN DEMOCRÁTICA

Patricio MARCOS

Comienzo esta charla amistosa con una advertencia que usaré para introducir al tema de mi intervención. La advertencia es ésta: no hablaré de la democracia en cuestión sino de la cuestión democrática. La razón del cambio, sano en más de un sentido, es sencillo. No puedo hablar de la democracia en cuestión porque no sabría qué tratar bajo un título así. Literalmente el nombre de la conferencia significa la democracia "ésa", o como también suele decirse, la democracia de "marras". Algo absurdo si se considera que ni yo ni ninguno de ustedes tiene una mención previa, ni cita, ni referencia que le anteceda. ¿Cómo saber entonces de qué democracia se trata?

Supongo que el propósito de los organizadores fue que se hablara de la democracia cuestionada, interrogada o desafiada. Pero inclusive con un nombre así las cosas siguen siendo enigmáticas, pues, ¿quién la cuestiona, interroga o desafía? No me imagino ser yo, porque sería suponer que el título se confeccionó para mí.

Poca atención presto a lo que se dice que yo digo en los mentideros académicos. Pero lo que me libra de toda inquietud es que los organizadores de este evento no saben de lo que hablo. Al menos no tengo noticia de que hayan asistido a mis cursos; menos todavía que hayan leído algo escrito por mí sobre el tema. Pero inclusive si lo hubiesen hecho, eso no me garantizaría que supiesen de qué hablo o escribo. Por eso en vez de la democracia en cuestión, o de la democracia cuestionada, hablaré de la cuestión democrática, en México y en el mundo.

Aprovecho esta advertencia para introducir el tema de mi plática. Voy a hablar, aunque les parezca increíble, de algo de lo que se dicen muy pocas cosas sensatas: de la cuestión democrática. Para empezar les adelanto una sospecha. Mi hipótesis es que el título original, que imagino fue una errata tipográfica, fue fraguado por un demócrata;

o por decir mejor, que el tipógrafo fue fraguado por la "democracia" en cuestión". Digo esto porque a mí las cosas vivas en cautiverio me producen tristeza; y nada le hace que sean animales, pueblos humanos o palabras como las del título original. Les adelanto pues mi sospecha, aunque les pongo una condición democrática: no se la digan a nadie.

* * *

La voz democracia, de origen griego, no significa la autoridad sino el poder del pueblo; entendiéndose por pueblo sólo a las clases indigentes. Asimismo, la voz democracia nace asociada a lo que en política llamamos las formas de gobierno. Desde el historiador Heródoto hasta el último profeta moderno del pueblo judío, Marx por supuesto, pasando por Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón, Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Vico, Montesquieu, Hegel e inclusive el pelirrojo Rousseau, la palabra democracia ha sido empleada como relativo. Por ser un término relativo aparece al lado de otros que, al igual que él, designan las distintas clases de autoridad, o en su defecto, los diversos poderes: estados y asociaciones que el hombre, como ser político o animal puede organizar para la convivencia societaria.

Sin duda todos ustedes habrán oído hablar de los hombres de dichas organizaciones. Para enunciarlas por su jerarquía, las formas de gobierno y desgobierno humano son seis: realeza, aristocracia y república, del lado de los gobiernos verdaderos o políticos; y tiranía, oligarquía y democracia, del lado de los desgobiernos o poderes pasionales. Si los tres primeros son los gobiernos anteriores y originales, los tres segundos son sus contrapartes, adulteraciones de aquéllos, sus sombras o fantasmas: la tiranía de la realeza, la oligarquía de la aristocracia, y la democracia de la república. Así, afirmar que la democracia es una palabra relativa quiere decir que para saber qué es la democracia, se necesita saber lo que son las otras formas de gobierno y desgobierno. Pero como esto nos llevaría algunas horas, apartándonos del tema, sólo me referiré a la contraposición que hay entre república y democracia.

Salvo contadas excepciones, la mayoría de los autores considerados "clásicos" en política, confunden a la democracia con la república. No son estos los casos de Platón, Aristóteles o Cicerón entre los antiguos. Platón llama a la república timocracia, no porque la consi-

dere un fraude, sino porque en griego la voz timo significa honor. Es el gobierno ciudadano y como tal se contrapone el desgobierno popular o democrático. Aristóteles, por su parte, llama a la timocracia platónica gobierno constitucional, una expresión mucho más exacta. También suele designarla *politeias*, que es el gobierno de los hombres libres, clase orientada por la virtud cívica o ciudadana, la cual busca la felicidad de todas las clases sociales con base en la justicia política, cifrada en la riqueza auténtica y en la libertad verdadera. Nosotros, que por el legado colonial contamos con una cultura latina, entremezclada con la de nuestros antepasados indígenas, conocemos a la timocracia y al gobierno constitucional bajo el nombre de república, porque en latín *res publica*, que es la traducción de la palabra griega *politeias*, significa aquella clase de Estado que hace del gobierno una cosa pública; es decir, de todos los hombres y las mujeres libres para beneficio del resto de las partes de la sociedad, en particular de los ricos y los pobres.

Por desgracia hoy las cosas no son como antes. Hoy se cree, o que hay dos tipos de democracia, una buena y otra mala, siendo la primera la república y la segunda la democracia propiamente dicha; o lo que es más grave, que la democracia es la república, y que siendo una forma política de gobierno, es la mejor de todas.

Está por demás decir que ambas creencias son erróneas, aunque la segunda es mucho más perjudicial que la primera. Más aún: hoy en día se cree que no es posible no creer, particularmente, que no es posible no creer en la democracia. Esto ocurre porque desde que la ideológica creencia sustituye al saber de buen cuño, la política queda convertida en una especie de religión, en la cual la palabra democracia hace las veces de diosa. Por eso convendría dar algún retrato breve sobre lo que es la democracia.

* * *

¿Qué es la democracia? Como ya se sugirió, la democracia, al igual que la tiranía y la oligarquía, antes que una autoridad es un poder, y para quienes no lo sepan, conviene añadir que todo es producto de la corrupción de la autoridad. En el caso concreto de la democracia, se trata de la corrupción de la autoridad de la clase de los hombres libres, corrupción la cual pasa a transformarse en el poder de los indigentes.

La pretensión democrática sobre el poder descansa en una idea en verdad simple. Esta idea pretende que todos los hombres, incluidas las mujeres, son iguales. (Esta es la razón por la que todas las feministas son demócratas.) Así, por el solo hecho de que todos nacemos de la misma forma, de parto y de madre, se piensa que siendo en nacimiento todos iguales, debe haber un trato igualitario en todos los aspectos de la vida, sobre todo en cuestiones atinentes al poder. Es claro que este dogma, que ningún demócrata se atreve a cuestionar, establece como criterio para distribuir los cargos públicos una base estrictamente cuantitativa, numérica: la superioridad de los más. De aquí derivan todas las instituciones demócratas, de las que sólo mencionaré las más importantes.

La primera es el procedimiento para designar a aquellos que habrán de ocupar los puestos del poder. De manera contraria a lo que se imagina —y ello con una intensa fe religiosa—, el método democrático para asignar el poder no es el electoral —método en esencia oligárquico, contrapuesto al democrático—, sino el sorteo; o como dice Cicerón con elegancia, el procedimiento de la aspersión fortuita.

La razón de ello es sencilla. Elegir significa preferir —pues preferir implica escoger esto y no aquello—, y sólo puede haber preferencias ahí donde se cree que en vez de haber absoluta igualdad existen desigualdades entre los diversos candidatos a ocupar los cargos públicos. Por eso el voto es oligárquico mientras que la lotería o la suerte es democrática, ya que si todos son iguales, entonces da lo mismo que tenga el poder fulano y zutano. Como todos deben ejercer el poder con igualdad de derechos, entonces lo mejor es que sea la suerte la que decida.

Derivada de esta institución o costumbre democrática está el gobierno por colas o por turnos. En efecto, como en la democracia la diferencia que existe entre gobernantes y gobernados es debida al puro azar, entonces los cargos públicos deben durar muy poco tiempo, máximo un año, a fin de dar a todos la posibilidad de participar en el poder, o al menos que tal posibilidad sea más probable. De ahí que al contrario de las instituciones oligárquicas, republicanas, aristocráticas y reales, en las que los cargos públicos son de larga duración, llegando a ser no sólo vitalicios sino inclusive perpetuos —si por tal se entiende la transmisión dinástica entre las mismas generaciones o dinastías—, las responsabilidades democráticas sean muy breves y cortas. Por eso se viene a comprender que la democracia prohíba cualquier posibilidad de reelección, ya mediata, ya inmediata.

Nuestra famosa leyenda "*Sufragio efectivo. No reelección*" es por eso republicana, ya que mezcla un elemento oligárquico, el voto, con un elemento democrático, limitando la desigualdad del gobernante, al menos del Presidente, a un solo periodo de tiempo, sólo de cuatro años originalmente. En México el conflicto para resolver la no reelección lo culminó el general Lázaro Cárdenas al expulsar del país al general Plutarco Elías Calles. La batalla por el sufragio efectivo la está dando ahora su hijo contra la designación por herencia, siempre corrupta, y el fraude electoral.

Otro rasgo demócrata es el del ejercicio del poder para beneficio exclusivo de los pobres. Si se parte del hecho de que no es lo mismo ser pobre que rico, ni rico que libre, ni libre que noble, y menos todavía noble que soberano, entonces es evidente que el dogma de la absoluta igualdad entre todas estas categorías de seres humanos llevará a un beneficio desproporcional para el más igual, y a un perjuicio no menos desproporcionado para el más desigual. Dicho de otra manera, conducirá a una participación del poder mayor para el menos sobresaliente en contra del que más sobresale, ora por su riqueza, ora por su carácter libre, noble o soberano. Esta es la demagógica definición que dio el hombre de paja de las oligarquías norteamericanas durante la guerra de conquista y anexión del periodo 1861-1865, Abraham Lincoln, en su famoso discurso de *Gettysburg*, la cual es por desgracia lo más que llegan a saber muchos que se hacen pasar, o por profesores de política, o lo que es peor, por políticos. Lincoln dijo que la democracia era el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Para ilustrar lo que veníamos diciendo, sólo habría que corregir que la democracia es el poder o el desgobierno de los pobres, por los pobres y para los pobres. Por eso puede entenderse que la democracia iguale todas las cosas y las personas, no hacia arriba sino hacia abajo, una igualitarización que antes que mejorar las cosas las empeora.

Otra costumbre demócrata es lo que los antiguos griegos llamaban *ostracismo*. Consiste en desterrar, o directamente en eliminar, a todos aquellos hombres que, precisamente por ser notables, amenazan el rudo igualitarismo democrático. Es así como muchos de nuestros seudopolíticos mexicanos entienden la célebre frase de Mao, quien definió la ideología demócrata como el florecimiento de mil flores. Los cínicos dicen, sin que les falte cierta razón, que tal florecimiento no tiene otro propósito que el de cortar las mil flores; o como dice Aristóteles en su Libro V de la *Política*, segar las espigas sobresalientes. Sin duda es el ensayista Alexis De Tocqueville —inventor de la frase "tiranía de las

mayorías" para definir la democracia angloamericana—, quien ilustró de manera excelsa el sistema social de vida de los estadounidenses de la primera mitad del siglo XIX, durante la presidencia del rústico Andrew Jackson; el primer militar alquilado por las oligarquías para ocupar la gerencia corporativa senatorial, en premio por haber devastado a los indígenas seminoles preparando la anexión de Las Floridas españolas.

Otra característica mayor de la democracia es la prodigalidad, contraria a la avaricia de las oligarquías. Se trata de una organización de poder que siempre da más de lo que toma, y ello a quien no debe, cuando no debe y también de la forma indebida. Piénsese por ejemplo en las deudas externas de los países latinoamericanos, o en el caso actual de la Unión Soviética y los países ex socialistas. En general puede decirse que el poder democrático es siempre un poder mal administrado en relación a la riqueza.

En síntesis y para pasar a los ejemplos, que imagino es el "en cuestión" de la democracia, diría que antes que una forma de gobierno es una forma de desgobierno; una forma de desgobierno cifrada en un rechazo sistemático a cualesquier tipo de autoridad política, ya sea republicana, ya aristocrática, ya real. Por eso puedo decir que el demócrata es el astuto primo hermano del anarquista. Si éste niega la autoridad hasta sus últimas consecuencias, al grado de postular como ideal con Marx una sociedad sin Estado, el demócrata, aunque tiene la misma creencia que el anarquista se hace el loco, ya que a cambio de la inexistencia de la autoridad inventa un poder por turnos o por colas en el que, o nadie gobierna realmente, o gobiernan los demagogos. Para decirlo todo, si ustedes quieren identificar rápidamente a un demócrata de cepa sólo presten atención a un hecho: frente a cualesquier tipo de autoridad, ya familiar, ya social, ya política, no dudará en hablar de autoritarismo, uno de los ismos más horribles que se han inventado.

De tal suerte, la democracia es una organización de poder injusta, ya que a cambio de reconocer las diferentes clases sociales, con sus vicios y virtudes; y a cambio de preconizar un trato igual a iguales y desigual a desiguales; pasa a personas y cosas por las horcas caudinas de la pobreza —tanto la interior como la corporal y la exterior—, tratando injustamente a los desiguales, cual si fuesen iguales; o si se prefiere, allanando todas las eminencias. Aunque había otras consideraciones para balancear la cosa, me permitiré decir que la única virtud de la democracia no es propia sino ajena, ya que la democracia la debe a un vicio de una forma de desgobierno contraria a ella: comparada

con la oligarquía de la riqueza, la democracia es un régimen de vida relajado y no de mando tenso e imperioso como el de los ricos. Claro, por mando relajado habría que entender menos despótico, a pesar de que aquí también hay otra arista: el libertinaje, tal y como lo demuestra la vida de las pobres clases medias angloamericanas, corrompidas por el alcohol, la droga y la imaginería sexual.

Baste aquí con lo dicho sobre la democracia a fin de ver finalmente algunas ilustraciones.

* * *

Hasta antes del iluso Gorbachov, quien a semejanza de nuestros últimos presidentes sanea la corrupción para entregar el patrimonio nacional a los adversarios, el mundo estaba dividido como en la antigua Grecia entre democracias y oligarquías. Eran democracias las de los países ex socialistas, y oligarquías las de los países industrializados de Occidente, incluyendo a Japón —también llamados con supremo desatino "democracias burguesas": expresión desafortunada, aunque no sin eficacia ideológica, que es como decir círculos cuadrados.

Bien, esto era así antes del iluso Gorbachov. Hoy, por desgracia, las cosas se han simplificado, y no para lo mejor. Si se me permite hacer un verbo de un adjetivo diría que el mundo en el que estamos viviendo se oligarquiza a pasos agigantados. Tal oligarquización trae aparejada una consecuencia inescapable: la práctica desaparición de la democracia en la parte norte de nuestro planeta. Por eso se equivocan quienes creen que nos encaminamos hacia un mundo mejor; o aquellos que imaginan que las reformas de Europa Central y del Este son democráticas, siendo como son oligárquicas, es decir, del régimen de signo exactamente contrario a la democracia.

Así, pues, el eje de los antagonismos se desplaza del Este al Oeste para pasar a ser de Norte a Sur. En el septentrión las oligarquías; en el meridión las democracias.

En esta tendencia mundial, más por obra de los últimos presidentes que por el influjo de potencias externas, particularmente el de los Estados Unidos, México también se encuentra cogido en un desgraciado viraje hacia la oligarquía. Y lo que es peor, no una oligarquía de corte nacionalista como sucede en Europa Occidental y los Estados Unidos entre los siglos XIV a XVIII, sino de una oligarquía para beneficio extranjero y perjuicio nacional. A esto le podemos llamar por su nombre: el proconsulado. Habiendo contado con una forma de gobierno

muy superior y de mayor excelencia que la insidiosa alternativa democracia u oligarquía —al menos desde 1920 hasta 1940 tuvimos una realeza republicana—, nuestro país se despeña hoy aceleradamente en el derrumbadero del despotismo para beneficio del exterior, y en forma accidental, de los ricos compatriotas mexicanos.

En el panorama internacional los dados ya fueron echados con el triunfo de las pretensiones oligárquicas sobre las democráticas socialistas; un triunfo causado por los propios perdedores para regocijo de los ganadores. Por eso el destino previsible de este panorama es la sumisión de los regímenes ex democráticos a los imperiosos oligárquicos, capitaneados éstos por el imperio de los Estados Unidos y sus dos socios principales después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania y Japón. Conviene entonces decir, que aquí las disputas no serán más entre ricos y pobres del norte, o si se prefiere, entre oligarquía y democracia, sino entre las propias oligarquías imperiales. Una disputa que, vale la pena anticiparlo, será mucho más cruenta que la que viene a sustituir. Para decirlo todo, ahora veremos a los colosos, los Estados Unidos, Alemania y Japón, enfrentarse no sólo en los terrenos comercial y financiero, amén del tecnológico, sino sobre todo en el militar. Puede decirse que tales disputas interoligárquicas, las cuales marcarán los próximos setenta años, conducirán a la pérdida de la hegemonía imperial angloamericana y al ascenso hegemónico de Alemania y Japón, pero ante todo de Alemania.

¿Qué decir del futuro de nuestro país en este panorama tan deslavado? En México se está librando una batalla decisiva, no en el frente de la política exterior —aquí nuestros sesudos estrategas entregaron al país sin siquiera haberse planteado la posibilidad de defensa—, sino en el frente interno, concretamente en el electoral.

Siendo como somos hoy en día, un país que perdió su soberanía, y careciendo como carecemos de un Estado propiamente dicho, la disyuntiva parece clara. O se produce un retorno a nuestra constitución monárquico republicana original, me refiero a la de 1917, y ello mediante la designación electiva de nuestro monarca sexenal y no mediante la corrupta designación del Presidente saliente, o por el contrario nuestra monarquía republicana, corrompida desde 1940, acentúa como está acentuando sus rasgos despóticos para beneficio principal de los ricazos extranjeros y secundario de los nacionales, los Gastones Billetes de Quezada.

Queda entonces claro que nuestra disyuntiva no es entre oligarquía y democracia, sino entre realeza y tiranía. Si triunfa la realeza, la forma

de gobierno inmemorial del pueblo mexicano, tendremos soberanía, y si soberanía, Estado, y si Estado, una forma de gobierno justa, republicana, con justicia para pobres y ricos. Si la tiranía se afianza, como hasta ahora, entonces y en forma definitiva la pretensión oligárquica barrerá con la pretensión democrática de nuestros días. Por eso, aunque parezca extraño, la lucha por reestablecer la realeza republicana en México pasa necesariamente por la defensa del principio democrático, en beneficio de nuestras clases pobres, campesina, artesanal, obrera y desocupada, defensa sin la cual es imposible reestablecer el equilibrio republicano. En efecto, después del énfasis prolongado que ha recibido la pretensión oligárquica del poder en México, vertiginosamente acelerada a raíz de la deuda externa, se requiere acentuar la pretensión que le es contraria, la democrática, a fin de reinstaurar el notorio desbalance entre ricos y pobres, lo más propio al gobierno republicano. Por supuesto, sin la soberanía nada de esto es posible, y la reconquista de la soberanía implica la reconquista de la autoridad política en la Presidencia de la República; principio de la realeza sin el cual, al menos para México, no puede haber república.

Termino esta intervención con una referencia a algo paradójico. Hoy el campeón de la democracia en el mundo es un imperio de corte estrictamente oligárquico, y de entre los imperios oligárquicos el más perverso que haya habido, de corte financiero o usurario. Campeón demagógico de la democracia, precisamente porque sus intereses, de signo contrario, los conserva inconfesos, soterrados. La nación angloamericana y sus ideólogos tienen una larga tradición demagógica, la cual, primero ensayan en el frente doméstico para derrotar al humor popular de las clases medias, y después, ya probada su eficacia como razón de Estado, emplean en el frente imperial externo, justamente en contra de naciones democráticas. Tal es el caso de lo que ocurrió en forma reciente en la pobre, acosada y aguerrida Nicaragua, en donde los dirigentes sandinistas, luego del golpe de mano que les diera Gorbachov, acabaron por creer que la mejor manera de demostrar su democrático fervor era convocando a elecciones oligárquicas; es decir, que con ingenuidad lastimera quisieron probar lo que eran con un instrumento que los destruía.

No debe por eso extrañar, que hoy más que nunca, ya resuelta la contienda entre las oligarquías financieras y las democracias obreras, el discurso de la retórica internacional sea rampantemente demagógico; porque hay demagogia cuando para la defensa de la pretensión oligárquica de dominio sobre el mundo se esgrimen argumentos democráticos.

De ahí que los hombres que todavía aspiren a una vida superior a la animal, quiero decir, los que todavía pueden elegir ser más políticos que animales, deban combatir esta razón de Estado ideológica. Para ello la única vía posible es el saber, el saber de la palabra verdadera, la palabra política que nunca ha sido ni podrá ser otra cosa sino obra de educación paciente.

Muchas gracias.

PARA LLEGAR A SER ABOGADO...

PERFIL VOCACIONAL, LABORAL Y DE ACTITUD HACIA EL ESTUDIO,
DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

José Manuel VILLALPANDO CÉSAR

I. INTRODUCCIÓN

Motivado por la importancia indudable de la Pedagogía Jurídica, el año pasado presenté un estudio sobre este tema, planteado desde el punto de vista meramente teórico,¹ examinando las distintas facetas que necesariamente deben tomarse en consideración en la concepción y elaboración de un plan de estudios destinado a la enseñanza del Derecho. Sin embargo, he persistido en la reflexión de los distintos problemas que ofrece esta actividad docente, y sin abandonar los postulados teóricos, decidí en esta ocasión, abordar la cuestión desde otra perspectiva, igualmente atractiva para conocer en toda su magnitud ese fenómeno tan interesante.

Mis pocos años de experiencia docente han sido suficientes para darme cuenta que existen severos divorcios entre la realidad académica, y las generosas utopías que sustentan el trabajo escolar en toda institución educativa. Pero recientemente, al haber tenido la oportunidad de convivir durante más de un año con la vida cotidiana de la Escuela Libre de Derecho, en mi carácter de investigador, me he percatado de que las notables diferencias que se dan entre los ideales de los planes de estudio y la mística que anima a la institución con la forma en que se desenvuelve la actividad normal y rutinaria, y aún más, con el producto terminal, los egresados, obedecen no sólo a la desatención de los aspectos teóricos que señalé en mi estudio de referencia, sino que también a otras muchas causas que en su conjunto, contribuyen a distorsionar los valores que fundamentan a la Escuela y que se traducen en la

¹ VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, "Una Aproximación a la Pedagogía Jurídica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, núm. 13, México, 1989.

modificación inconsciente de las expectativas de generar abogados capaces de conocer el Derecho y de aplicarlo con criterios de justicia.

No sólo pues, las deficiencias de una educación son atribuibles a defectos del plan o de los programas de estudio. También en ella tienen un peso relevante otros factores que deben contemplarse serenamente, y sobre todo corregirse, si en verdad se quiere proporcionar una educación jurídica del más alto nivel, conservando no sólo intacto ese primerísimo lugar que a costa de tanto esfuerzo se ha alcanzado, sino además, adelantarse al tiempo y colocarse a la vanguardia de instituciones afines en México y en América Latina. Claro que puede argumentarse en contra de esta proposición que, a pesar de los defectos que pudiera tener, la Escuela Libre de Derecho, mantiene una posición privilegiada gracias a que posee características que la hacen realmente única e inalcanzable. Y concedo que, en efecto es así, pero no por haber logrado el éxito, necesariamente éste habrá de ser perpetuo; conviene más realizar una labor preventiva que anticipe posibles dificultades y, sobre todo, repare a tiempo las deficiencias que ya han aflorado y que nadie podría negar.

Son muchos los factores que convendría examinar, y muchos de ellos quizá simplemente por tener una clara visión de lo que está sucediendo, ya que ante posibles conflictos, se contaría con un diagnóstico preliminar del problema, lo que incrementaría la rapidez y eficacia de la solución que se le dé. Problemas como la determinación exacta de la vocación de los alumnos, puesto que no sólo su pericia y habilidades jurídicas son suficientes para llenar esa necesidad natural de cumplir cada quien con su destino. La adecuada armonía y conciliación entre el trabajo y el estudio, que si bien en el campo meramente teórico no debiera existir siquiera la posibilidad de plantearla, en la realidad vemos cómo es parte normal de la vida estudiantil, alentada inclusive por los maestros. La actitud hacia el estudio por parte de los mismos estudiantes que, nadie lo desconoce, no es precisamente la más dispuesta y entusiasta. La preparación pedagógica y didáctica de los profesores, cuya crítica podría plantearse en los términos conocidos de que no por ser un brillante abogado se es un buen maestro. La responsabilidad hacia la cátedra de los mismos profesores, que aun siendo catalogados como excelentes docentes, muchas veces descuidan la labor magisterial por sus múltiples ocupaciones. Y hurgando más en el fondo, es posible que algún día brote como un serio problema la connotación actual de la enseñanza del Derecho, que se ha convertido en una mera repetición de doctrinas y de textos legales, abandonando la esencia misma de la ma-

teria y las motivaciones de las normas, todo dentro de un positivismo obtuso que no permite mayor raciocinio que el de encontrar la disposición adecuada a cada caso concreto; "maestros codigueros" les llaman a los que así proceden.

Todos estos problemas tienen que ver con la noción de la Pedagogía Jurídica que propusimos, y personalmente me he convencido de que esta especialidad requiere de un enfoque integral, y que no podría contentarse con las aportaciones meramente teóricas, sino que debe descender al campo de la práctica para tratar de entender en toda su dimensión las dificultades que plantea la enseñanza del Derecho. Por esta razón, me decidí a incursionar en la vida académica cotidiana de la Escuela Libre de Derecho. Estoy cierto de que cumplo con mi misión de pedagogo explorando la realidad y no reduciendo el límite de mis aportaciones a lo conceptual. Creo que pueden obtenerse por este medio informaciones y generalizaciones más que hipotéticas, que de alguna manera cimentarán un estudio posterior y mucho más profundo, de la Pedagogía Jurídica, contemplada en toda su magnitud.

Por supuesto, centro mi labor en la Escuela Libre de Derecho. Primero, porque soy egresado de ella, y reconozco cuánto le debo en mi formación profesional. Segundo, porque trabajo para ella, que generosamente me ha dado la oportunidad de satisfacer mi ambición de dedicarme por entero a la investigación. Y tercero, quizá lo más relevante para mis colegas investigadores de otras instituciones, porque es mi ambiente inmediato de estudio y reflexión. Difícilmente podría aspirar a proponer ideas válidas para otros centros educativos, porque solamente conozco a la Escuela, que en sí misma es esencialmente diferente a cualquier otra. Quizá las aportaciones teóricas que he planteado en mi ensayo "Una aproximación a la Pedagogía Jurídica" tengan validez general, pero en esta ocasión, al reducirse necesariamente el campo de estudio práctico a la realidad cotidiana de la Libre, las conclusiones que se obtengan sólo alcanzan valor para ella y no serían de ninguna manera comparables con otros estudios similares que se hicieran en otros lados, aunque pudieran arrojar resultados idénticos.

Contrariamente a lo que se acostumbra, esta investigación no es producto de la búsqueda bibliográfica o de archivo, sino que es una investigación de campo, que son raras en el medio jurídico, y aún más inusitadas en la Escuela Libre de Derecho. Aquí jamás se ha intentado un estudio como el que pretendo. Sin embargo, consideré indispensable realizar así mi trabajo para dar continuidad a la parte teórica y conceptual que ya había desarrollado, y sobre todo para comprometerme

decididamente a la superación académica y social de la Escuela. Es decir, pretendo que mis aportaciones sirvan para reforzar y acrecentar el prestigio de la Libre.

La investigación de campo reclama una gran cantidad de recursos humanos y materiales para efectuarse, y por esta limitación fundamental, ya que emprendí el trabajo como un objetivo personal, no me fue posible abarcar todo el abanico de los fenómenos que ofrece la Escuela Libre de Derecho. Debido a esta razón, me decidí a enfrentar solamente tres de las interrogantes que más me parecieron importantes: la vocación de los alumnos, su interés por el trabajo, y su actitud hacia el estudio. No desconozco que habría muchas otras interesantes variables dignas de considerarse, como las relativas a los maestros, tanto desde el punto de vista de los alumnos, como del de los mismos catedráticos, que seguramente también ofrecería atractivos retos y resultados sorprendentes, pero he debido reducir mi esfuerzo a únicamente examinar la parte que corresponde a los estudiantes de nuestra Escuela. No es pues, que quede trunca la investigación, sino que la que presentamos es sólo una parte del gran universo académico, que podría ser complementada posteriormente con otras investigaciones.

II. METODOLOGÍA

1. Objetivo

El fenómeno enseñanza-aprendizaje sólo se da precisamente cuando existe la eficiente combinación maestro-alumno, y no puede ignorarse que el prestigio de cualquier institución radica en esa relación, que debe ser lo suficientemente madura y sólida como para poder no sólo responder a las exigencias del presente, sino trascender hacia el futuro. De nada serviría una Escuela con excelentes maestros si no tiene alumnos de la misma calidad, o a la inversa, sería ridículo el contar con educandos de buen nivel y carecer de catedráticos que asuman con responsabilidad pedagógica sus funciones. El éxito se obtiene solamente gracias a la atinada confluencia en una institución de ambos factores.

Un problema pedagógico serio es el que deben afrontar todas las instituciones educativas, si en verdad desean ofrecer una educación de primerísima calidad. Deben necesariamente conocer y valorar a los dos elementos de esa ecuación maestro-alumno, y después, tratar de centrar sus esfuerzos de superación en aquel que halla resultado depri-

mente. Pueden serlo los maestros, pueden también serlo los alumnos, o los dos, que existen casos, demasiados, que así lo ilustran. La Escuela Libre de Derecho, por lo tanto, no puede estar ajena a este diagnóstico elemental de su realidad.

No se trata, de ninguna manera, de enfatizar los errores ni de magnificar los éxitos. La sociedad a la que sirven los abogados que de ella egresan es la que se encarga en última instancia de calificarlos con base en su actuación profesional. Sencillamente, un estudio de esta naturaleza proporcionará información sobre aquellas deficiencias que es necesario corregir o anticipar soluciones y, también, sobre aquellos logros en los que es indispensable perseverar. Sin embargo, debido a las limitaciones señaladas en la Introducción, en esta ocasión, la investigación está dedicada exclusivamente a los alumnos, que representan finalmente la esperanza de generar cada vez mejores abogados.

Centrada la intencionalidad del presente estudio en lo relativo a los alumnos, se hacía necesario conocer cómo responderían ante ciertas conductas y definiciones de tipo eminentemente personal, como medio necesario para definir la clase y la calidad de alumnos que tenemos. ¿Qué los decidió a ser abogados? ¿Están plenamente seguros de que esa es su vocación? ¿Trabajan y estudian a la vez? ¿Cómo logran armonizar trabajo y estudio? ¿En qué trabajan? ¿Dónde estudian? ¿Cómo estudian? ¿Cuánto tiempo estudian? ¿Cuál es el perfil profesional de los abogados que egresan de la Libre? La respuesta a estas interrogantes sólo la pueden proporcionar los propios alumnos de la Escuela.

Por supuesto, se cuenta con respuestas conocidas gracias a la experiencia, pero si bien son *vox populi*, no teníamos ningún medio para cerciorarnos de que esas hipótesis empíricas eran verdaderas. Ya sabemos, por ejemplo, que muchos de nuestros alumnos trabajan entusiastamente desde los primeros años de la carrera, pero ¿en qué proporción? Tampoco ignoramos que con el paso de los cinco años de estudios, decrece notablemente la perseverancia en el estudio, pero, ¿en qué medida? Sabemos también que la escuela forma eminentemente abogados *jus privatistas*, pero, ¿se mantiene hoy en día esa proyección que nos distingue? Creemos que todos nuestros alumnos están convencidos de su vocación, ¿es cierto? o es que hay algunos que dudan o más aún, ¿hay alguna época crítica durante la carrera en la que se producen crisis vocacionales?

Dar una respuesta más o menos exacta a estas preguntas es el motivo esencial de este estudio, cuyo objetivo es, finalmente, presentar el

perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho.

2. Elección de métodos y técnicas de trabajo

Para realizarlo, recurrí a los métodos y técnicas de la Investigación Social. Decidí que, dado el relativamente pequeño universo de la Escuela, lo más conveniente para obtener las respuestas deseadas, la encuesta era la técnica más indicada, ya que a través de ella los mismos alumnos nos darían sus propias respuestas, las que, examinadas globalmente, nos ofrecerían una visión totalizadora de la situación.

La encuesta se ha definido como "la observación, por medio de preguntas directas o indirectas, de poblaciones de unidades relativamente numerosas colocadas en situaciones naturales, destinada a obtener respuestas susceptibles de ser sometidas a análisis cuantitativo".² Asimismo, "el uso de este método implica la búsqueda de datos primarios que sólo los informantes pueden proporcionar. Es decir, los datos que se buscan mediante este método pueden obtenerse sólo por el contacto con los individuos implicados, ya que se refieren a sus propias características personales o a las de otros individuos, grupos o comunidades conocidos por ellos o a los cuales pertenecen".³

"Los datos obtenidos en una encuesta se someten siempre a un análisis cuantitativo. La información proporcionada por los individuos estudiados se clasifica en categorías y se pone en tablas, de manera de poder describir cuantitativamente las características generales que presenta la población estudiada [...] En otras palabras, las respuestas obtenidas deben ser comparables y aditivas."⁴

Así pues, la encuesta resultó ser el medio idóneo para analizar las actitudes y motivaciones de los alumnos de la Escuela. Para llevarla a cabo, se siguieron las directrices y reglas sugeridas por los autores de la Bibliografía que aparece en el apartado número 9 de este capítulo. Asimismo, como no se trata de justificar ni de presentar todo el aparato teórico que dio sustento a la encuesta realizada, nos remitimos a lo que proponen y señalan estos autores como normas básicas para el desarrollo de una encuesta, mismas que fueron cumplidas cabalmente.

² GREENWOOD, Ernest, *Metodología de la Investigación Social*, 114.

³ *Ibidem*, 114 y 115.

⁴ *Ibidem*.

Así pues, nos fundamos en la certidumbre de que los resultados obtenidos se apegan a la verdad, siguiendo el principio postulado por uno de estos autores, que dice enfáticamente que "a pesar de las muchas oportunidades para que se introduzcan errores en el proceso de la encuesta, es indudable que cuando ésta se realiza con el adecuado respeto por los principios básicos de la investigación, pueden reunirse muchos tipos de datos con una confiabilidad no sólo tolerable sino tranquilizadora".⁵

3. Determinación del campo de la investigación.

Los alumnos de la Escuela Libre de Derecho fueron el campo humano determinado para la investigación. Por supuesto, la técnica de la encuesta plantea la posibilidad de que ésta se realice por medio de muestreos, con sus naturales riesgos, debido a la falta de homogeneidad de los sujetos encuestados. Así pues, tomando en consideración el relativamente pequeño número de estudiantes de la Escuela, se decidió llevarla a cabo de manera total, es decir, encuestando a todos los alumnos de la Escuela, para que de esta manera, los resultados fueran más veraces. En realidad, "la fidelidad de una encuesta depende de su propia amplitud",⁶ y por lo tanto, era mejor encuestar a la totalidad de los alumnos. Además, "las limitaciones más obvias del procedimiento de la encuesta surgen de que casi inevitablemente requiere de una considerable inversión de energía humana y tiempo. Por supuesto, las encuestas en pequeña escala de poblaciones muy localizadas y accesibles pueden ser realizadas con buenos resultados por un solo individuo, siempre que posea la constancia y habilidades requeridas".⁷

Por otra parte, los alumnos de la Escuela poseen rasgos comunes que bien vale la pena recordar, los cuales les conceden cierta uniformidad, la que sólo se ve matizada por el grado de estudio en el que cada uno se halla. Primeramente, desde un punto de vista formal, todos los alumnos de la Escuela han ingresado a ella porque acreditaron tener más de ocho de promedio en la secundaria y en el bachillerato. Además, tuvieron una entrevista personal que dictaminó sobre sus motivaciones para ser abogados, y provienen en su gran mayoría de escuelas particulares. Adicionalmente, todos se sujetan a los horarios

⁵ FESTINGER, Leon y Daniel KATZ, *Los métodos de investigación en las ciencias sociales*, 58.

⁶ CAPLOW, Theodore, *La investigación sociológica*, 261.

⁷ FESTINGER, Leon y Daniel KATZ, *op. cit.*, 63.

mixtos de la Escuela y están conscientes de que forman parte de una Institución diferente, selectiva en cuanto a la capacidad intelectual que se exige a los educandos, y además, no onerosa, porque las cuotas que se piden son más económicas que las que cobra cualquier escuela primaria particular.

Pero desde otro punto de vista, los alumnos además comparten la experiencia de estar viviendo la Escuela. Es decir, cumplen con lo dispuesto por los reglamentos internos, afirmación que no diría nada si no se conocen. Por ejemplo, los alumnos, todos, deben experimentar los exámenes anuales, orales y ante tres sinodales. La Libre es la única institución educativa en México que mantiene este sistema, que sus detractores denominan "terrorífico", "presionante", "antipedagógico", "traumante", "medieval" y otros muchos calificativos. Sin embargo, este sistema ha probado su eficacia, y ha demostrado ser auténticamente "forjador" del carácter del abogado. Sólo quienes lo "viven" pueden hablar de él, y naturalmente, según como les haya resultado la experiencia. El sistema de la Escuela une y da homogeneidad a los alumnos.

4. Elaboración de la encuesta.

La encuesta elaborada fue la siguiente:

ENCUESTA PARA LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Cruza con una equis (X) la respuesta que consideres más apropiada. Por favor, una sola respuesta por cada pregunta.

1. Año que curso: (1o.) (2o.) (3o.) (4o.) (5o.)
2. Sexo: (a) Masculino. (b) Femenino.
3. El lugar de residencia de mi familia es: (a) D.F. (b) Provincia. En caso de ser de provincia, ¿de qué Estado vengo?:
4. Elegir carrera fue una de las decisiones trascendentales de mi vida: (a) Sí, lo sé. (b) No lo había pensado. (c) Es necesario ser profesionista.
5. Lo que más me impulsó a ser Abogado fue: (a) Tradición familiar. (b) Imposición paterna. (c) Tener una profesión. (d) Adquirir posición económica.

- (e) Luchar por la justicia. (f) Conocer el mundo normativo.
- (g) Pensé que era lo más fácil. (h) Nunca pude con las matemáticas.
6. De no haber estudiado Derecho, me habría gustado ser:
7. Estoy plenamente convencido de que mi vocación es la de ser Abogado: (a) Sí. (b) Creo que sí aunque no estoy muy seguro. (c) No.
8. Deseo ser Abogado para:
9. Trabajo actualmente: (a) Sí. (b) No.
10. Si trabajo actualmente es porque: (a) Necesito dinero para mis gastos. (b) Quiero practicar la profesión. (c) Para no aburrirme. (d) Tengo obligaciones familiares. (e) Todos lo hacen. (f) Siento que aprendo más que en la Escuela.
11. Actualmente trabajo en: (a) Despacho de litigio. (b) Despacho de asuntos corporativos. (c) Sector Público. (d) Iniciativa Privada. (e) Sistema Financiero. (f) Poder Judicial. (g) Notaría. (h) Otro (especificar):
12. He logrado armonizar perfectamente trabajo y estudio: (a) Sí, lo conseguí. (b) El trabajo me hace descuidar el estudio. (c) Por estudiar desatiendo el trabajo. (d) Ya sé que no puedo con los dos.
13. Las horas que dedico al trabajo a la semana son:
14. No trabajo actualmente, pero en el futuro me gustaría hacerlo en: (a) Despacho de litigio. (b) Despacho de asuntos corporativos. (c) Sector Público. (d) Iniciativa Privada. (e) Sistema Financiero. (f) Poder Judicial. (g) Notaría. (h) Otro (especificar):
15. Para estudiar, prefiero hacerlo en: (a) Casa (b) Una biblioteca.
16. Me gusta estudiar: (a) Solo. (b) En grupo.
17. Por lo general estudio: (a) Todo el año. (b) Sólo para exámenes.

18. Las horas que dedico al estudio a la semana son:

19. He iniciado la formación de una biblioteca personal:

(a) Sí, ya empecé. (b) Tengo la intención de hacerlo.

(c) Ni lo he pensado.

20. ¿Qué diría si me preguntaran para qué sirven los Abogados hoy en día?

Como se observa, se dio preponderancia a las preguntas de tipo cerrado, es decir, a aquellas que "se contestan con un *sí* o un *no*".⁸ Se incluyeron también varias en abanico, o sea, "cuando se registra una serie de posibilidades y se permite la elección de alguna de ellas".⁹ Dos preguntas pueden ser consideradas como abiertas, "que se contestan con plena libertad a juicio del entrevistado",¹⁰ pero debido a la abundancia de material tan disímulo, no fueron incluidas en la presentación de los resultados finales. Las preguntas abiertas abrían la puerta a muchas otras variables no codificadas previamente, por lo cual convenía, además, discriminarlas para no caer en individualizaciones que no permitían la postulación de descripciones y explicaciones globales, que eran el motivo fundamental de la encuesta. Por otra parte, las preguntas abiertas sirvieron como desahogo para los alumnos que no se vieron constreñidos a contestar sólo preguntas de respuesta preestablecidas.

5. Aplicación de la encuesta

La encuesta fue aplicada a toda la Escuela durante la segunda quincena del mes de abril de 1990, visitándose cada uno de los once grupos durante los intermedios de las horas de clase para aprovechar al máximo la asistencia y obtener respuestas de la mayoría de los estudiantes. Asimismo, se les exhortó para que respondieran con la mayor sinceridad y honestidad, haciéndoles notar que sus respuestas tendrían la característica de ser anónimas. Cabe aclarar que los grupos de la Escuela se distribuyen de la siguiente manera: Tres en primer año; dos en segundo; dos en tercero; dos en cuarto y dos más en quinto.

⁸ TECLA JIMÉNEZ, Alfredo y Alberto GARZA RAMOS, *Teoría, métodos y técnicas en la investigación social*, 50.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Del número de alumnos de la Escuela, que asciende a la cantidad de 640, se encuestaron a 481, es decir, al 75.1% del total. Los alumnos encuestados se hallan distribuidos de la siguiente manera en términos absolutos:

	Primero	Segundo	Tercero	Cuarto	Quinto	Total
Hombres	76	64	51	43	50	284
Mujeres	63	49	37	24	24	197
Total	139	113	88	67	74	481

En términos porcentuales, la distribución de los alumnos encuestados es la siguiente:

	Primero	Segundo	Tercero	Cuarto	Quinto	Total
Hombres	54.6%	56.6%	57.9%	64.1%	67.5%	59.1%
Mujeres	45.4%	43.4%	42.1%	35.9%	32.5%	40.9%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%

6. Tabulación y valoración estadística de los datos

Se diseñó especialmente una "forma concentradora de respuestas", para agrupar y reunir los datos derivados de cada uno de los 481 cuestionarios resueltos. Primeramente, se procedió a tabular grupo por grupo, y después, se sumaron las respuestas correspondientes a cada grado, obteniéndose así sólo cinco "formas" debidamente requisitadas, en virtud de que las variables de comparación elegidas lo serían precisamente la evolución que los alumnos experimentan durante los cinco años de la carrera. Adicionalmente se obtuvo, de las cinco formas precedentes, una general de toda la Escuela, útil para la obtención de resultados totales.

Todos los números absolutos recogidos de las encuestas fueron valorados estadísticamente, convirtiéndolos en expresiones porcentuales a efecto de uniformar los valores numéricos que cada grado, en virtud de las diferencias naturales de cantidad de alumnos, presentaba.

De esta forma fue posible contar con un elemento que permitió hacer los ejercicios comparativos entre todos los grados, puesto que se obtuvieron valores comunes aplicables.

7. Representación gráfica de los resultados

Se destacaron las variables dignas de consideración, dando por resultado la elaboración de 25 gráficas, de las cuales algunas son descriptivas, y otras más explicativas. "El objetivo de una encuesta descriptiva es determinar cuál es la distribución de un fenómeno determinado en una población, y su resultado es por lo tanto, la afirmación de un hecho. El objetivo de una encuesta explicativa es, en cambio, buscar las razones por las cuales tal distribución se presenta como lo hace en la población estudiada, y el resultado es, en consecuencia, una explicación del hecho observado."¹¹

Las expresiones porcentuales obtenidas fueron vertidas a la computadora para su graficación, a través del Programa Microsoft Chart 2.02, que ofrece una gran versatilidad en cuanto a la presentación gráfica de la información.

8. Interpretación de los resultados y conclusiones

Las 25 gráficas resultantes fueron interpretadas siguiendo fundamentalmente el principio de la observación. Sin embargo, conviene señalar que esta etapa del trabajo de investigación es la que más puede adolecer de subjetivismo por parte del investigador. Hasta aquí, el trabajo ha sido claramente científico, en base a datos comprobables y ciertos. La interpretación, puede afirmarse, es de la exclusiva responsabilidad del investigador, y sus juicios pueden ser o no aceptados, aunque procedan de fuentes seguras y fidedignas.

Sin embargo, siendo las gráficas en sí mismas bastante claras e ilustrativas, las interpretaciones son en realidad mínimas, reducidas a breves comentarios, pues consideré preferible que el lector formara su propio juicio con base en la información presentada.

Asimismo, las conclusiones son meras opiniones personales, propuestas a partir de lo observado y formadas a través de las deducciones que se desprenden de la experiencia y de los conocimientos propios.

Por supuesto, siendo este trabajo producto de la libre investigación que existe en la Escuela, las interpretaciones y las conclusiones pertenecen al autor y no necesariamente coinciden con la opinión oficial de la Escuela Libre de Derecho.

9. Bibliografía

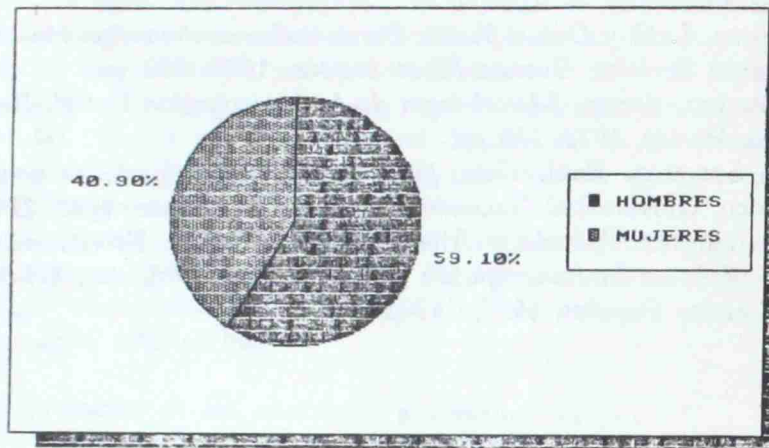
- CAPLOW, Theodore, *La investigación sociológica*, Barcelona, Laia, 1972, 296 pp.
- FESTINGER, León y Daniel KATZ, *Los métodos de investigación en las Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Paidós, 1972, 590 pp.
- GREENWOOD, Ernest, *Metodología de la Investigación Social*, Buenos Aires, Paidós, 1973, 128 pp.
- ROJAS SORIANO, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, 274 pp.
- TECLA JIMÉNEZ, Alfredo y Alberto GARZA RAMOS, *Teoría, métodos y técnicas en la Investigación Social*, 4 reimp., México, Ediciones de Cultura Popular, 1977, 143 pp.

¹¹ GREENWOOD, Ernest, *op. cit.*, 115.

III

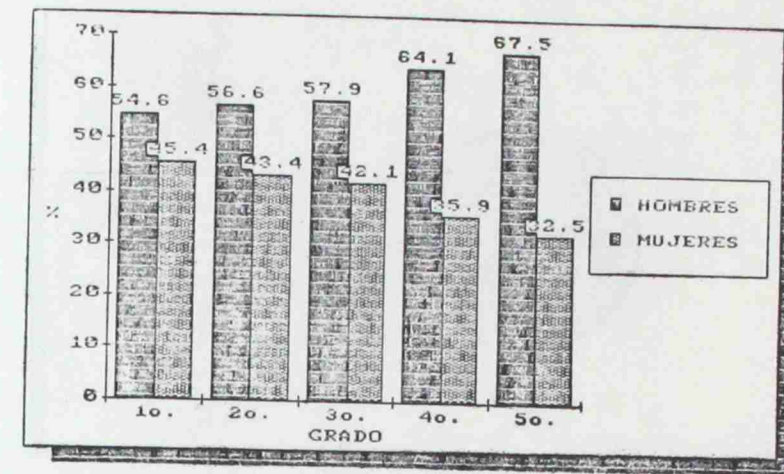
PRESENTACIÓN GRÁFICA DE LOS RESULTADOS
Y SU INTERPRETACIÓN

1. DISTRIBUCIÓN POR SEXO



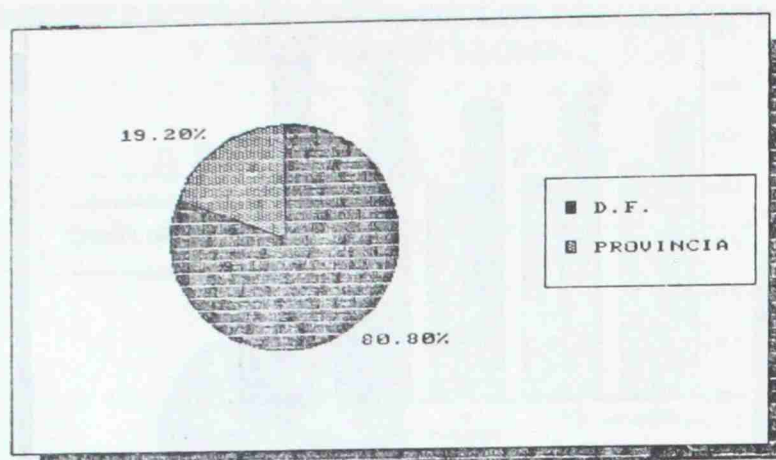
En los años recientes, la afluencia de las mujeres a la Escuela, se ha incrementado notoriamente. Versiones extraoficiales señalan que del total de solicitudes de inscripción, la mayoría provienen de mujeres, razón por la cual se ha tenido que limitar su ingreso a efecto de mantener un equilibrio con respecto a los hombres. Crece pues, el interés de la mujer por la abogacía, y proporcionalmente disminuye el de los hombres, quizá porque para ellos existe una mayor gama de carreras alternativas.

2. DISTRIBUCIÓN POR SEXO POR GRADO



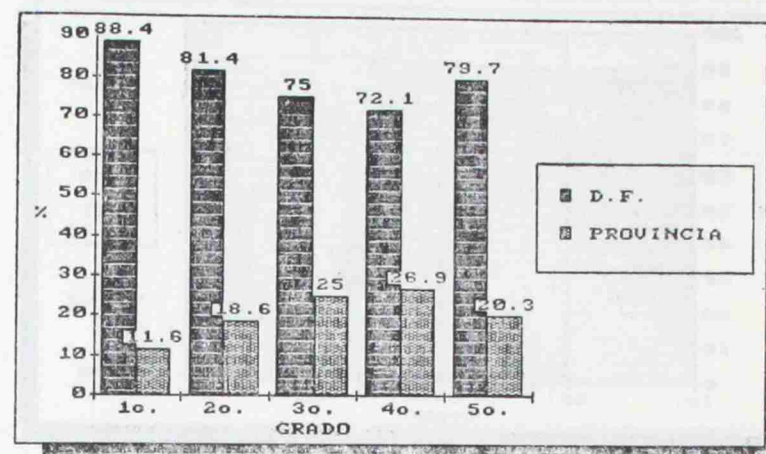
Las razones de esa política escolar que limita el ingreso de las mujeres a la Escuela se justifica plenamente en esta gráfica. Conforme se avanza en los grados escolares, disminuye de manera constante el porcentaje de mujeres. Es decir, que ya por efectos de reprobación o de deserción, las mujeres abandonan la Escuela, de manera progresiva, reduciéndose su número grado con grado. Limitar el ingreso de las mujeres resulta conveniente, ya que de otra manera, si se les concediera libre acceso, su retiro ocasionaría serios desajustes en el equilibrio e integración de los grupos.

3. DISTRIBUCIÓN POR PROCEDENCIA



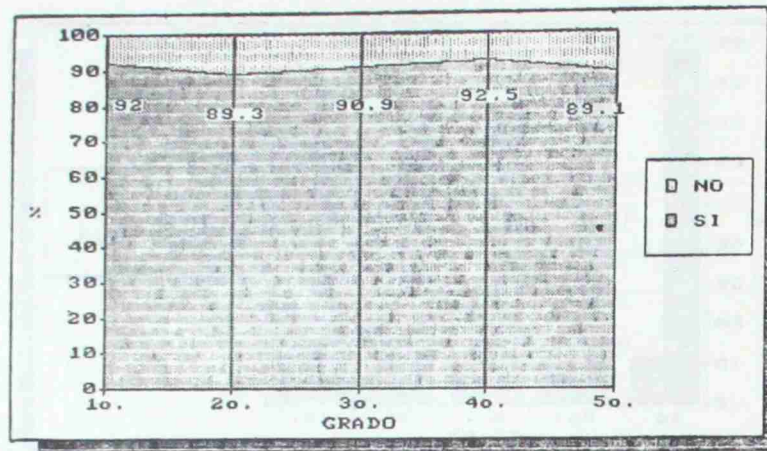
Tradicionalmente, la Escuela ha recibido a estudiantes de provincia, que si bien no representan un porcentaje muy alto en cuanto al total de alumnos, su constante presencia es muestra fiel del prestigio que alcanza la Escuela en el interior del país. Las entidades federativas que más alumnos aportan actualmente son las siguientes: Sinaloa, Michoacán, Puebla, Veracruz y Oaxaca, en ese orden.

4. DISTRIBUCIÓN POR PROCEDENCIA POR GRADO



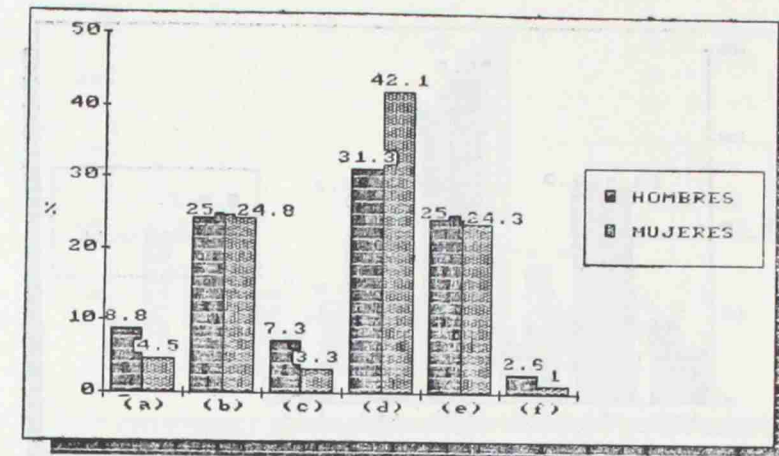
Puede afirmarse que los alumnos procedentes de provincia vienen a la capital efectivamente a estudiar. Obsérvese en la gráfica cómo mantienen su presencia, que aumenta porque en realidad disminuye la de los alumnos oriundos del Distrito Federal. Es natural que el alumno de provincia, que se aleja de su familia y de las comodidades, enfrente con más seriedad y responsabilidad su papel de estudiante.

5. ELEGIR CARRERA FUE UN ACTO CONSCIENTE



El hecho de que la gran mayoría de los alumnos encuestados respondieran afirmativamente a que estaban plenamente conscientes de que elegir carrera fue una decisión trascendental, no necesariamente significa que hayan reflexionado detenidamente sobre sus perspectivas de vida futura, sino que puede ser parte de la costumbre, ya asimilada y considerada como obligatoria en México, de que es necesario tener una profesión para "ser alguien". Esta gráfica puede ser un tanto engañosa, pues si se profundiza en esta cuestión, quizá afloren problemas vocacionales serios.

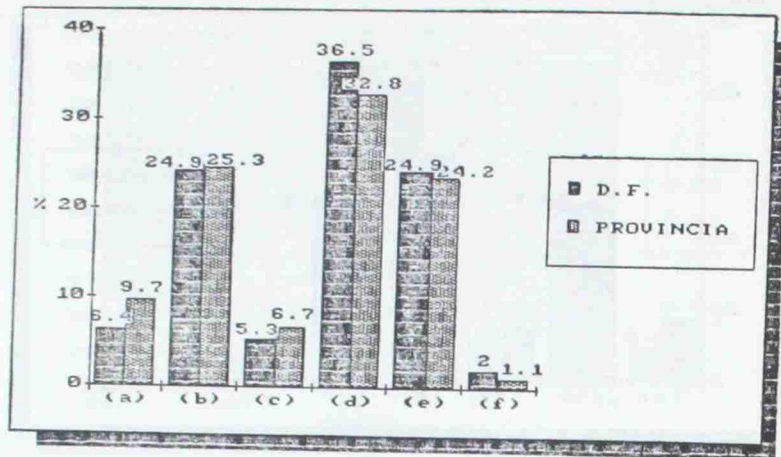
6. MOTIVOS PARA SER ABOGADO POR SEXO



(a) = Tradición familiar. (b) = Tener una profesión. (c) = Adquirir posición económica. (d) = Luchar por la justicia. (e) = Conocer el mundo normativo. (f) = Era la carrera más fácil.

Satisface el idealismo de los alumnos (más en las mujeres que en los hombres), que buscaron en el Derecho el instrumento para lograr la justicia. Sin embargo, también aparecen como motivos poderosos el tener una profesión, lo que apuntala la interpretación a la gráfica precedente, y conocer el mundo normativo, sinónimo esto último de los que están verdaderamente vocados a la profesión. Menos significativos, pero no por ello inexistentes, lo son la tradición familiar, el adquirir una posición económica y el pensar que el Derecho era "más fácil" que las matemáticas.

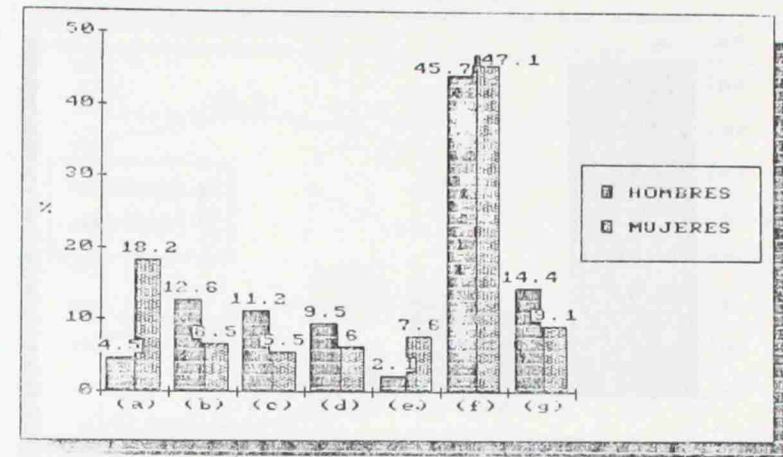
7. MOTIVOS PARA SER ABOGADO POR PROCEDENCIA



(a) = Tradición familiar. (b) = Tener una profesión. (c) Adquirir posición económica. (d) = Luchar por la justicia. (e) = Conocer el mundo normativo. (f) = Era la carrera más fácil.

Al igual que en la gráfica anterior, los motivos para ser abogado se mantienen en proporciones similares, destacando el hecho de que los alumnos del Distrito Federal son un poco más idealistas que los de la provincia, y en cambio en éstos influye mucho más la tradición familiar.

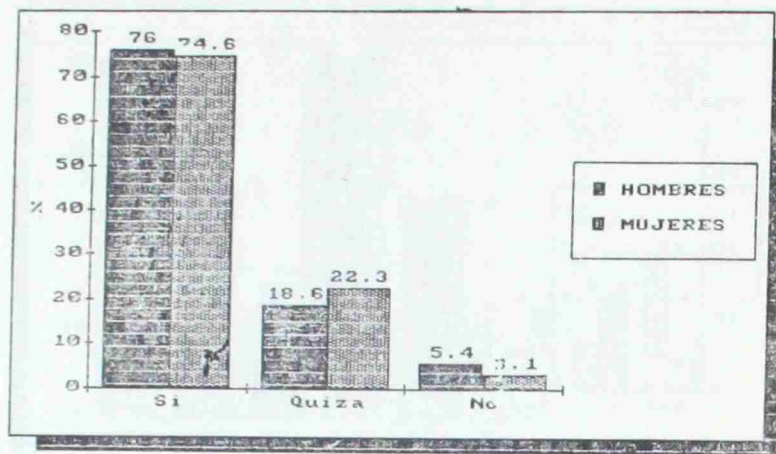
8. CARRERAS ALTERNATIVAS



(a) = Relaciones Internacionales. (b) = Economía. (c) = Administración. (d) = Filosofía. (e) = Psicología. (f) = Otras 42 carreras alternativas con bajo índice de repetición. (g) = No contempló otra posibilidad más que ser abogado.

Llama la atención de que un buen número de mujeres eligiera a las Relaciones Internacionales como carrera alternativa, lo cual se deba quizá al interés por hablar otros idiomas y recorrer el mundo. En cambio, en los hombres, resultan lógicas las preferencias secundarias, la Economía y la Administración, ambas afines al Derecho. Sin embargo, es significativo el hecho de que también un interesante porcentaje de alumnos no haya contemplado más opción que la de ser abogado.

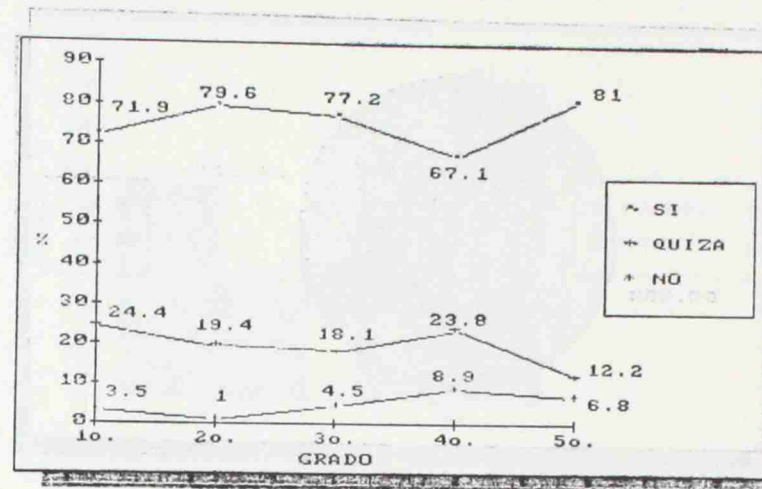
9. CONVENCIMIENTO DE LA VOCACIÓN



Si = Seguro plenamente de tener la vocación de abogado.
 Quizá = Creo que sí la tengo pero no estoy muy seguro.
 No = Definitivamente, no es mi vocación.

Sobre la vocación, la encuesta plantea una triple disyuntiva, cuya respuesta es determinante. Afortunadamente, el gran porcentaje de los convencidos es tranquilizador. Tres cuartas partes de los alumnos lo están. Los que dudan quizá aún no encuentran perfectamente su identificación con la carrera. Los que definitivamente están conscientes de que no es su vocación, seguramente estudian la carrera para tener una profesión, y una vez obtenido el título, se dedicarán a otra cosa.

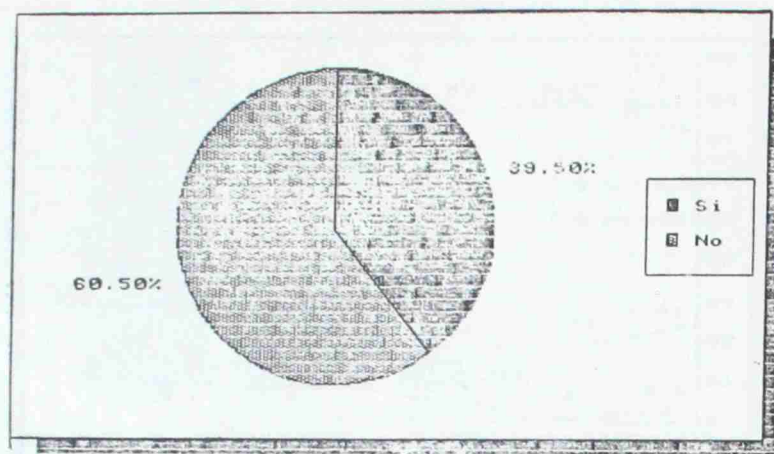
10. EVOLUCIÓN DEL CONVENCIMIENTO DE LA VOCACIÓN



Si = Seguro plenamente de tener la vocación de abogado.
 Quizá = Creo que sí la tengo pero no estoy muy seguro.
 No = Definitivamente, no es mi vocación.

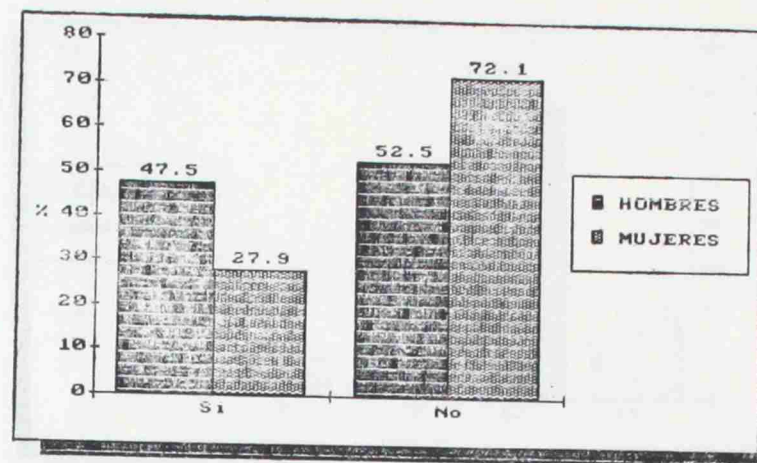
Como se observa, el grado crítico vocacionalmente hablando, lo es el cuarto año de la carrera. En él disminuye la seguridad y aumenta la duda y la certeza de haber equivocado la vocación. Año difícil sin duda, pero cuya crisis se resuelve favorablemente en el quinto, donde repunta la seguridad, quizá por el hecho de encontrarse a un paso de concluir los estudios. Probablemente tenga que ver con esta crisis del cuarto año la sobrecarga de materias y el cuestionamiento propio de lo que es en realidad el Derecho y el papel que cada uno podría representar ante él.

11. TRABAJO



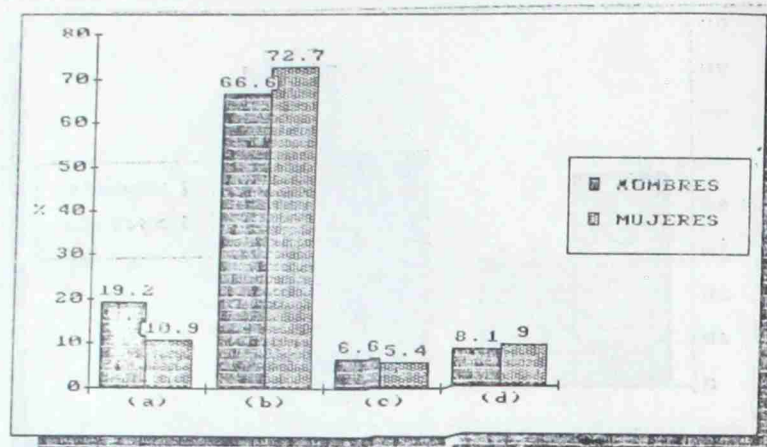
Contra lo que pudiera suponerse, la mayoría de los alumnos de la Escuela no trabajan. Por supuesto, la gráfica los incluye a todos y debe considerarse, como se verá después, que en el primer año son pocos los que trabajan, mientras que en el quinto, casi todos lo hacen.

12. TRABAJO POR SEXO



Las mujeres trabajan en menor proporción que los hombres, y sin que esto sea definitivo, podría afirmarse que ellas quizá no tengan un verdadero interés por ejercer la profesión, puesto que no intentan relacionarse con el ámbito laboral de los abogados. Hipotéticamente, las mujeres que trabajan seguramente son las que están más conscientes de su proyección a futuro. En cambio, los hombres mantienen casi un equilibrio entre los que trabajan y los que no; sin embargo, puede decirse que los que no lo hacen es porque aún están en los primeros años de la carrera.

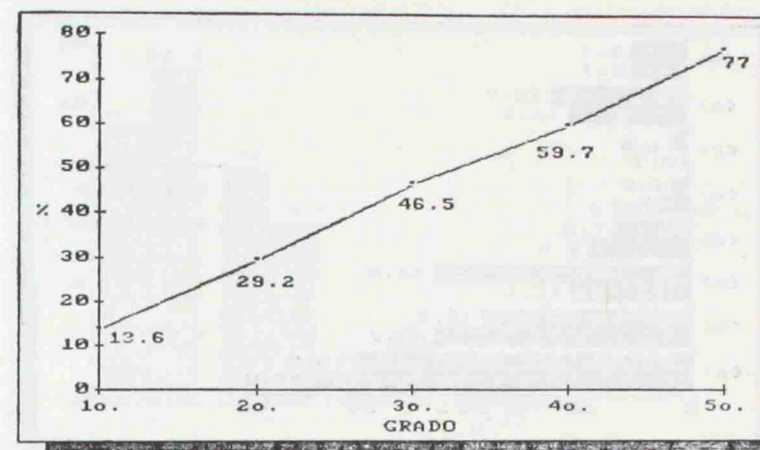
13. MOTIVOS PARA TRABAJAR



(a) = Necesito dinero para mis gastos. (b) = Quiero practicar la profesión. (c) = Tengo obligaciones familiares. (d) = En el trabajo aprendo más que en la Escuela.

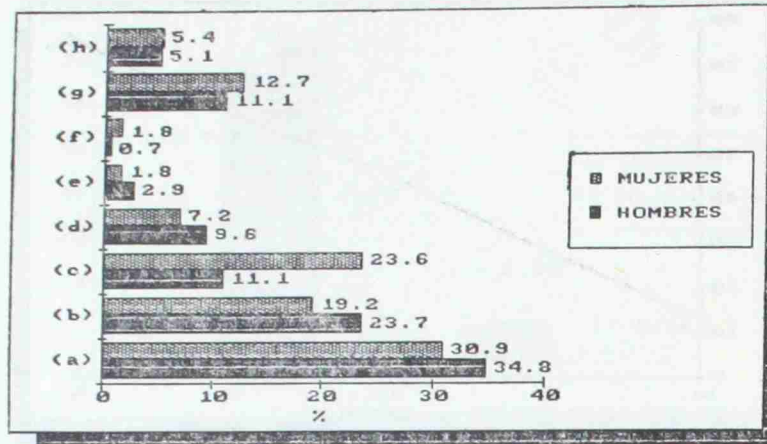
Las mujeres que trabajan lo hacen, en su gran mayoría, por practicar la profesión, lo cual confirma la interpretación a la gráfica anterior. Resulta curioso observar cómo el segundo motivo más importante para trabajar lo es el ganar dinero para cubrir aquellos gastos que son distintos a los considerados en el rubro de obligaciones familiares, que es el último. No faltan, por supuesto, los empeñosos que consideran que en el trabajo aprenden más que en la escuela, situación que quizá se deba a las ansias de adquirir experiencia y a creer que los fundamentos teóricos que se les imparten de poco sirven en la vida cotidiana.

14. EVOLUCIÓN DEL COMPROMISO LABORAL



La gráfica es muy clara. Conforme se avanza de grado, es mayor el número de alumnos que trabaja. Sin embargo, el tiempo dedicado al trabajo, como se verá después, necesariamente repercute en la disminución del tiempo dedicado al estudio.

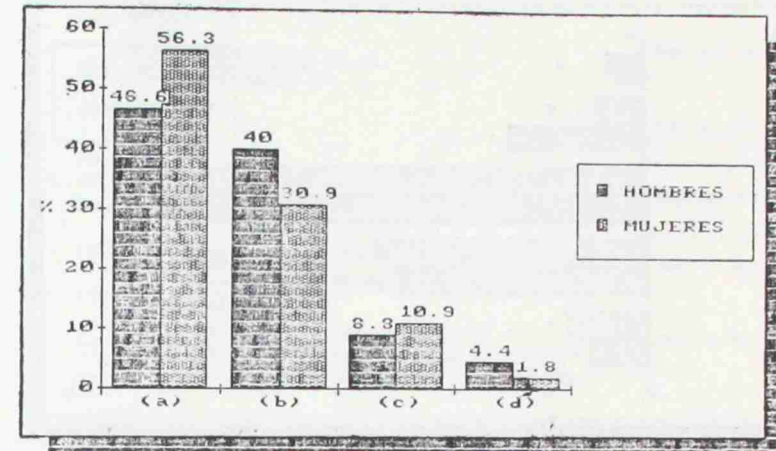
15. TRABAJO ACTUAL



(a) = Despacho de Litigio. (b) = Despacho de Asuntos Corporativos. (c) = Sector Público. (d) = Iniciativa Privada. (e) Sistema Financiero. (f) = Poder Judicial. (g) = Notaría. (h) = Otro.

Un buen porcentaje de alumnos trabaja en despachos de litigio, que al parecer, es uno de los campos de ejercicio profesional más atractivos para nuestros estudiantes, junto con los despachos corporativos y las notarías. Llama la atención la sobresaliente cantidad de mujeres que trabajan en el sector público, de lo cual puede inferirse que quizá lo hagan porque en él son más respetadas, profesionalmente hablando, que en los despachos o notarías, sitios de predominio tradicionalmente masculino.

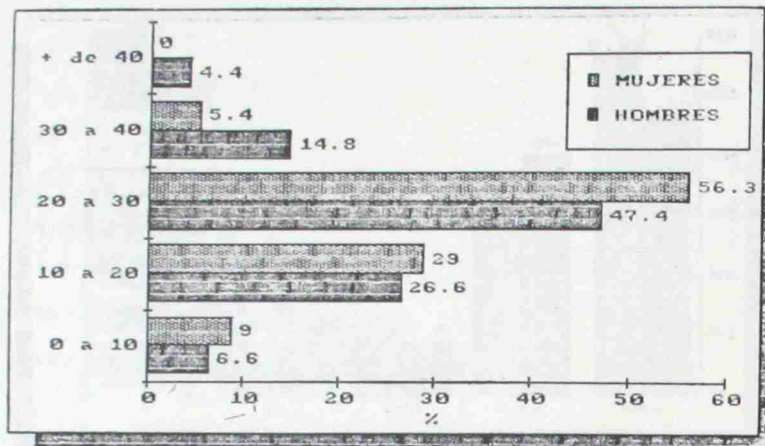
16. ARMONÍA TRABAJO-ESTUDIO



(a) = Sí, conseguí armonizar perfectamente trabajo y estudio. (b) = El trabajo me hace descuidar el estudio. (c) = Por estudiar desatiendo el trabajo. (d) = Definitivamente, no puedo con ambos.

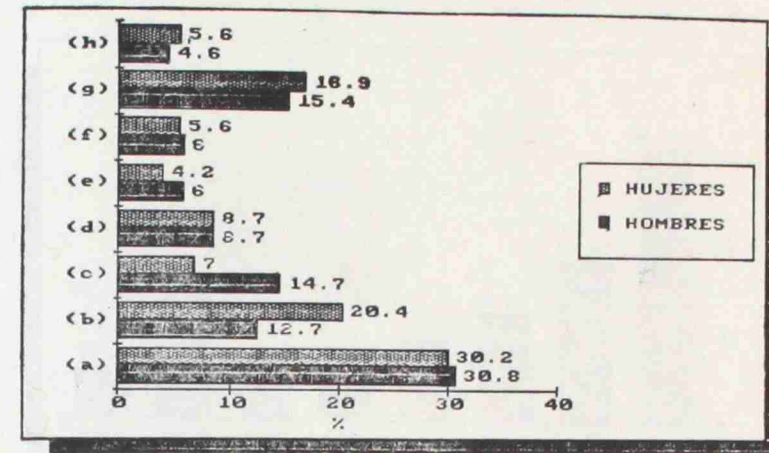
Podría entenderse que los que afirman la opción (a), o bien estudian todo el año, con consistencia, o seguramente, en la época de exámenes, tienen la posibilidad de negociar horarios de trabajo flexibles o permisos especiales para ausentarse. Me parece más sincera la opción (b), puesto que si se tiene en cuenta el horario mixto de la Escuela y las horas dedicadas al trabajo, necesariamente se sacrifican las pocas horas que podrían restar para el estudio.

17. HORAS DE TRABAJO POR SEMANA



Aproximadamente, la mitad de los alumnos que trabajan lo hacen al menos 4 horas diarias, las que sumadas a las 5 o 6 de asistencia a clases, dan como consecuencia que apenas les sobren de 6 a 8 horas al día para transportarse, comer, divertirse, visitar a la novia, y además, estudiar, esto considerando que descansen de 6 a 8 horas.

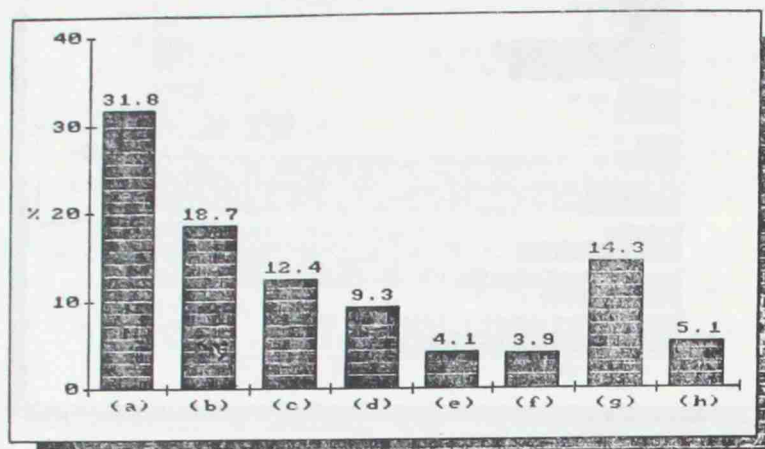
18. TRABAJO A FUTURO



(a) = Despacho de Litigio. (b) = Despacho de Asuntos Corporativos. (c) = Sector Público. (d) = Iniciativa Privada. (e) = Sistema Financiero. (f) = Poder Judicial. (g) = Notaría. (h) = Otro.

Los alumnos que no trabajan actualmente manifestaron su inclinación por hacerlo en el futuro en áreas de la actividad profesional y en porcentajes que coincidan con los mostrados por los que sí trabajan en la gráfica 15.

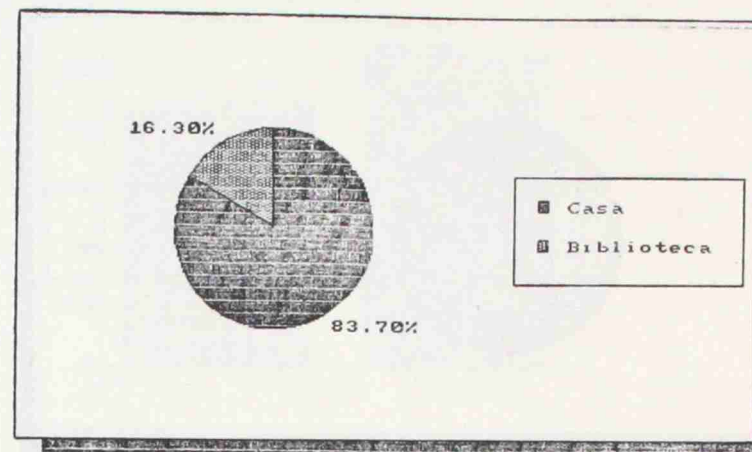
19. PROYECCIÓN LABORAL DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO



(a) = Despacho de Litigio. (b) = Despacho de Asuntos Corporativos. (c) = Sector Público. (d) = Iniciativa Privada. (e) = Sistema Financiero. (f) = Poder Judicial. (g) = Notaria. (h) = Otro.

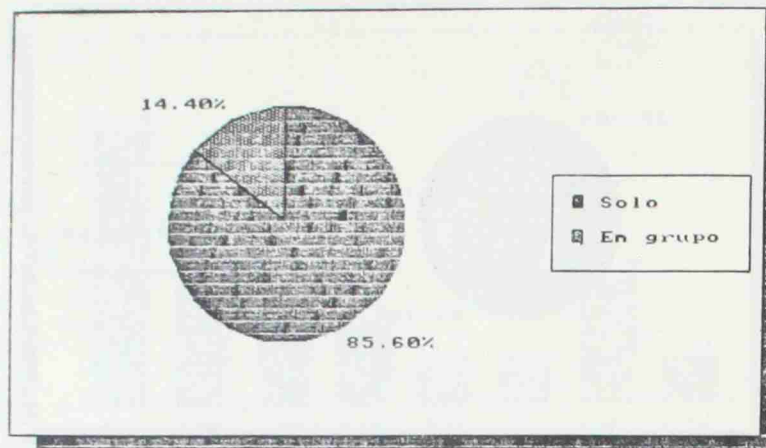
La Escuela forma primordialmente *Jus Privatistas*, es decir, aquellos abogados que ejercerán la profesión de manera independiente y enfocados hacia el Derecho Privado. Los alumnos se dedicarán mayoritariamente, primero al litigio; segundo, a los asuntos corporativos y tercero, al notariado. Sólo en cuarto término aparece el sector público. La cifra menor corresponde, paradójicamente, al Poder Judicial, y llama la atención su poco atractivo sobre nuestros alumnos, a pesar de que es parte importante de la vida jurídica. En el rubro de "otros", hay un sinnúmero de alternativas, pero de los 481 encuestados, sólo a dos les interesa dedicarse a la docencia jurídica y sólo a uno la investigación.

20. LUGAR DE ESTUDIO



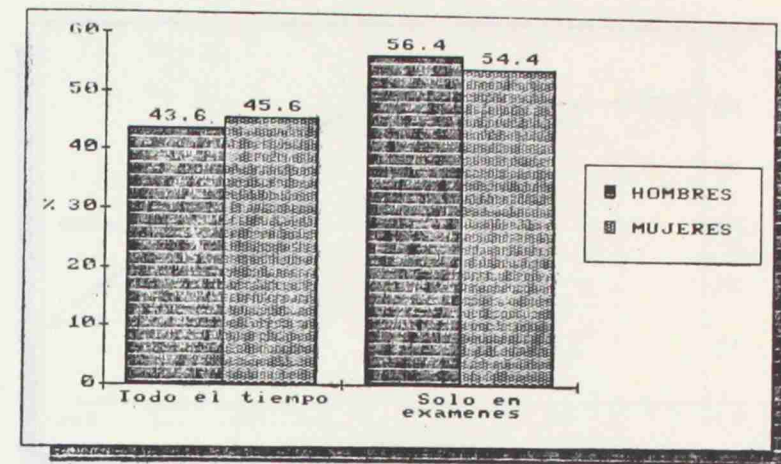
En México no estamos acostumbrados a utilizar las bibliotecas, y preferimos estudiar en casa. Paradójicamente, los que las utilizan son fundamentalmente alumnos del Distrito Federal que trabajan actualmente y no, como pudiera pensarse, los procedentes de provincia.

21. FORMA DE ESTUDIO



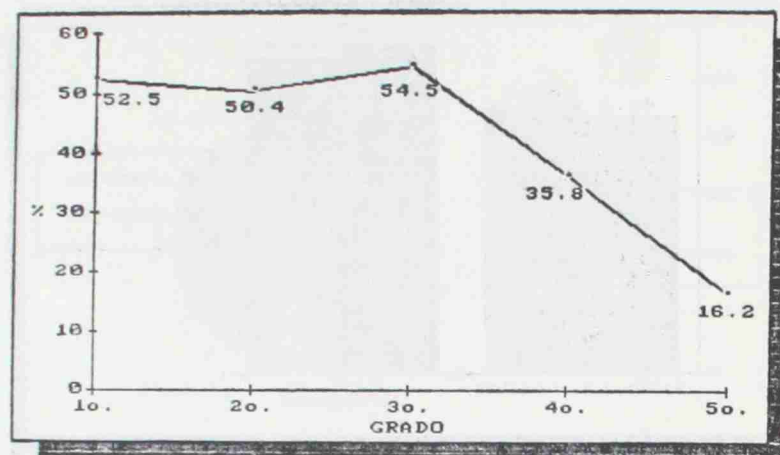
El hecho de que se estudie solo, es representativo de la cultura jurídica memorística que priva en nuestra Escuela. Si la enseñanza tuviera como fin el entendimiento de problemas y el planteamiento de soluciones, se incrementaría el estudio en grupo, puesto que ahora, sólo se forman a manera de corrillos para comentar dudas y repasar la materia antes de exámenes.

22. CONSISTENCIA EN EL ESTUDIO



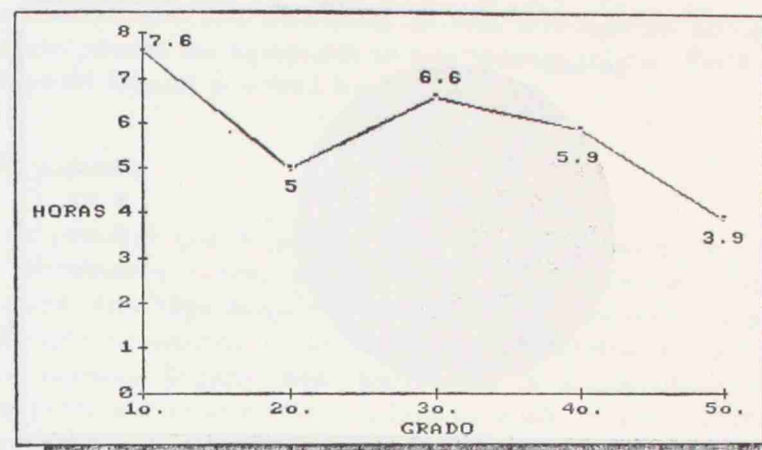
Durante mucho tiempo, fue un sinónimo de la Escuela el estudiar sólo en la época de exámenes, costumbre que al parecer ha cedido terreno, puesto que es ya notorio el número de alumnos que dicen estudiar todo el año. Por supuesto, la información que alimento a esta gráfica puede estar falseada ya que debe pensarse en que quizá, no se contestó con veracidad y sinceridad. Además, si pocos de los alumnos del primer grado son los que trabajan, el resto, que es la mayoría, naturalmente dedica su tiempo por lo menos a releer, aunque sea someramente, sus lecciones.

23. ALUMNOS QUE ESTUDIAN TODO EL TIEMPO



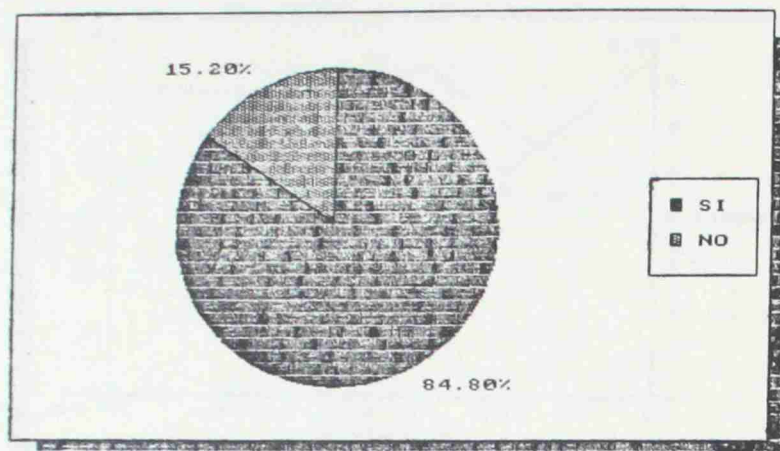
Como puede observarse, conforme se avanza de grado, disminuye la cantidad de alumnos que se dedican a estudiar todo el año aumentando, por consiguiente, los que solamente estudian para exámenes. Esta gráfica guarda estrecha relación con la que demuestra el número de alumnos que trabajan, la número 14. En el quinto año, el último de la carrera, definitivamente la consistencia en el estudio es casi nula.

24. HORAS DE ESTUDIO POR SEMANA POR ALUMNO



En el primer año, como es natural, se empieza con mucho entusiasmo, pero en el segundo, seguramente confiados porque lograron llegar a él, los alumnos disminuyen sus horas de estudio mismas que vuelven a incrementarse en el tercero. A partir del cuarto año, se inicia un pronunciado descenso, que culmina en el quinto, donde ya las horas de estudio corresponden a la mitad de las que estudiaron en primero. Por supuesto, esto es atribuible tanto al compromiso laboral, como al conocimiento y experiencia que los alumnos adquieren de la vida en la Escuela. Nuevamente, al igual que en la gráfica anterior, se comprueba que los alumnos de quinto son los menos estudiosos.

25. BIBLIOTECA PERSONAL



La gran mayoría respondió que ya había iniciado la formación de una biblioteca personal. Por supuesto, valdría la pena profundizar si está formada exclusivamente por los libros requeridos para los estudios, o si abarca otros temas de carácter universal o de los gustos particulares de los alumnos. Si a esta consideración agregamos el porcentaje de los que no tienen biblioteca, podría ser de preocupación la actitud de la "no lectura", característica de nuestro tiempo.

IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones más relevantes de esta investigación saltan a la vista, pero pueden ser agrupadas en tres grandes rubros: Perfil vocacional, perfil laboral y actitud hacia el estudio.

Perfil vocacional

Es de pensarse que la gran mayoría de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho tienen, realmente, la vocación de ser abogados. Pero quizá, ésta haya surgido no precisamente de la reflexión previa, sino durante su estancia en la propia Escuela. Podría afirmarse que muchos alumnos llegaron a la carrera por la simple convicción de que ser profesionista es esencial en la vida, y más o menos adivinando sus aptitudes o gustos, se inclinaron por el Derecho, por la gran afinidad que tiene con casi todas las ciencias sociales.

Muchos llegan movidos por el noble ideal de encontrar en el Derecho el instrumento para hacer triunfar a la justicia, pero también los hay quienes reconocen la necesidad, planteada en el párrafo anterior, de ostentar una profesión. También, aunque en menor escala, están presentes otras motivaciones, como la de ser abogado para adquirir una posición económica, o la de serlo por tradición familiar. Si éste fue el motivo inicial que los impulsó a ingresar a la Escuela, seguramente, con el paso del tiempo y su permanencia en ella, esos motivos se transforman, junto con el idealismo, en la forma más depurada de motivación, que es la de conocer el mundo normativo, que ya desde el principio algunos alumnos manifiestan como el origen de su inscripción a la Libre.

La presencia de las mujeres es importante por su cada vez mayor número en la realidad de la Escuela, pero las limitaciones impuestas a su ingreso encuentran su fundamento en la demostración objetiva resultante de esta encuesta, de que en forma gradual y constante abandonan la Escuela conforme transcurren los grados escolares. Más allá de toda consideración prejuiciosa o tildada de "machista", la verdad es que, ya sea por reprobación o por deserción, son pocas las mujeres que se adaptan a la forma de ser de la Escuela, razón por la cual se justifica plenamente que sólo ingresen las más aptas, las que puedan permanecer los cinco años en franca competencia con los hombres. No es que ellos tengan más capacidad, sino que quizá, por la misma conformación anímica de las mujeres, son menos

resistentes a las presiones y esfuerzos que exige la Libre. Además, no debe ignorarse la situación tradicional de la mujer mexicana, que no ha alcanzado a superar su antigua condición de sólo poder aspirar a una mediana preparación, y que tampoco ha encontrado comprensión por parte del mundo laboral, predominantemente masculino.

La seguridad en la vocación sufre un quebranto en el cuarto año de la carrera, que puede ser atribuido a varios factores, entre los que deben considerarse la presión acumulada de cuatro años intensos de "vivir" la Libre, las materias de ese año, el cuestionamiento íntimo que se traduce en el "¿qué estoy haciendo aquí?", o bien el preguntarse ¿para qué sirve el Derecho? Sin embargo, esta declinación repunta favorablemente en el quinto año, quizá por la proximidad de la conclusión de los estudios.

Perfil laboral

Las condiciones sociales de la Libre, con un horario mixto, hasta cierto punto "incómodo", no son obstáculo para que los alumnos trabajen, aun desde el primer año de la carrera. Si bien esta situación no es del todo recomendable pedagógicamente hablando, es una realidad alentada por el propio medio escolar, que supone la doble actividad: estudio-trabajo, considerándose al segundo como complemento del primero. Adicionalmente, también es un hecho que en el mercado de trabajo para los pasantes, se les concede prerrogativas a los de la Libre, que están más cotizados, a pesar de sus problemas de horario, que los de otras universidades.

Sin embargo, lo lamentable es que se asuman más responsabilidades laborales en detrimento del estudio, que debiera ser lo fundamental en esos años escolares. Mientras más se trabaja, menos se estudia, y lo que en un principio se considera como una complementación a la preparación, se convierte casi en el motivo principal que alimenta la cotidianidad.

Por otra parte, comprobado quedó que la Escuela Libre de Derecho prepara esencialmente abogados que ejercerán el Derecho desde el campo privado, aunque también, en mucho menor proporción, hay quienes aspiran a laborar en el sector público, la iniciativa privada, el sistema financiero y el poder judicial. Por supuesto, la mayoría se inclina, como ya se dijo, al litigio, a los asuntos corporativos y al notariado. Es decir, la Libre aporta a la sociedad mexicana fundamentalmente abogados *Jus Privatistas*.

Actitud hacia el estudio

Deprime la evolución negativa que muestra la consistencia en el estudio de los alumnos de la Escuela. En primer año, las horas de estudio a la semana son casi el doble de las que se dedican en quinto año. A la falta de interés, se le agrega el compromiso laboral, la ansiedad por concluir la carrera y la experiencia que da el haber pasado ya cuatro periodos de exámenes.

Se estudia preferentemente en la soledad, reflejo de la enseñanza memorística, y en la casa, pues poco habituados están los alumnos al uso de las bibliotecas. Sin embargo, a pesar de las deficiencias detectadas en la actitud hacia el estudio, los egresados de la Libre siguen gozando del reconocimiento de la sociedad. Es decir, si la Escuela ha sido incapaz de forjar el hábito de estudio en los estudiantes, éstos lo han adquirido con posterioridad, en la vida profesional.

Consideración final

La presente investigación es, como ya lo expresé, la primera de este tipo que se realiza en la Escuela, con el propósito de conocer con mayor exactitud a uno de los elementos que conforman a la Institución: los alumnos. Considero que no es sino el principio de nuevos estudios que, utilizando estos métodos, permitan comprender en su exacta dimensión a todos los factores que intervienen en la formación de nuestros abogados, puesto que, en esta ocasión, sólo he intentado abarcar aquellos aspectos que en lo personal, me parecieron de mayor relevancia y, técnicamente, más al alcance de las posibilidades reales de su manejo.

Por último, quisiera manifestar mi agradecimiento a las autoridades de la Escuela Libre de Derecho, por facilitar este trabajo, especialmente al señor licenciado Fausto Rico Álvarez, Primer Vocal de la Junta Directiva, por el aprecio e interés que demostró hacia este proyecto, y al señor licenciado Pedro Barrera Ardura, Secretario General, por su siempre valiosa colaboración y apoyo.

ALGUNAS NOTICIAS DEL CICLO ESCOLAR 1989/1990

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: I. *Calendario escolar*. II. *Junta Directiva*. III. *Personal administrativo*. IV. *Movimientos en el profesorado*. V. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. VI. *Biblioteca y hemeroteca*. VII. *Publicaciones*. VIII. *Seminarios, cursillos y conferencias*. IX. *Cooperaciones interinstitucionales*. X. *Otros acontecimientos memorables*. XI. *Apéndices*: 1. *Alumnos titulados y tesis presentadas en el ciclo 1989/1990*. 2. *Alumnos premiados en el ciclo 1989/1990*. 3. *Premio "Eduardo Trigueros Saravia" 1988-1989*. 4. *Alumnos titulados y tesis presentadas del 21 de octubre de 1982 al 24 de mayo de 1985*.

I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: lunes 4 de septiembre de 1989, 9:00 horas.
Inicio: martes 5 de septiembre de 1989.

Vacaciones:

A) Del 16 de diciembre de 1989 al 2 de enero de 1990.

B) Semana Santa, del 9 al 14 de abril de 1990.

Terminación: 18 de mayo de 1990.

Exámenes preordinarios: del 21 al 30 de mayo de 1990.

Exámenes ordinarios: del 4 de junio al 13 de julio de 1990.

II. JUNTA DIRECTIVA

Se registró un cambio. Prosiguen, como Rector don José Cándano y García de la Mata; Primer Vocal, don Fausto Rico Álvarez; Segundo vocal, don Fauzi Hamdan Amad. Fue nombrado Vocal suplente don Francisco de Icaza Dufour, en sustitución de don Jorge Adame Goddard, en la sesión anual ordinaria de la Junta General de Profesores celebrada el 22 de noviembre de 1989, a las 19 horas.

III. PERSONAL ADMINISTRATIVO

Se produjeron dos cambios. Continúan don Pedro Barrera Ardura como secretario general, don Jaime del Arenal Fenochio, secretario académico y don Graciano Contreras, tesorero. Don Francisco de Icaza Dufour es nombrado nuevo director del Fondo para la Difusión del Derecho y del Consejo Editorial de la RIJELD, en sustitución de don Jorge Adame Goddard, y don Martín Díaz y Díaz, nuevo coordinador de seminarios, en sustitución de quien esto escribe. Don Armando Trigo Rizo sigue como gestor de la Secretaría general, secretario particular del Rector y del secretario general y coordinador del servicio social.

IV. MOVIMIENTOS EN EL PROFESORADO

En 1o. B, don Rafael Anzures suple a doña María del Carmen Aurora Carmona Lara, con licencia, en *Introducción a la Investigación Jurídica*, y don Luis Zuno Chavira continúa impartiendo *Derecho Civil* en suplencia de don Carlos Traslosheros, que pidió licencia en su cátedra.

En 2o. A, retoman su cátedra: don Eduardo de Ibarrola, que estaba suplido por don Raymundo Vázquez Castellanos en *Teoría General del Estado*; y don Rodrigo Alfonso Sánchez Mejorada y Velasco, por don Alejandro Ogarrío en *Economía Política*.

En 2o. B, don Felipe Gómez Mont y Urueta es nombrado provisionalmente profesor de *Derecho Penal* en sustitución de don Javier Alba Muñoz que se retiró de la cátedra y era suplido por don Héctor Cruz Solórzano.

En 3o. A, don Rafael Edmundo Mateos Poumián cubre la licencia de don Raúl F. Cárdenas y pide licencia en su cátedra de *Seminario de Derecho Penal*, que es cubierta por don Marco Tulio Ruiz Cruz.

En 3o. B, doña Guadalupe Sánchez Palacios cubre la licencia de don José Luis Izunza en *Seminario de Derecho Penal*. Don Eduardo Sodi Carmona entra como titular en *Seminario de Derecho Procesal Civil*. Don José Antonio Manzanero Escutia es nombrado Profesor del *Seminario de Derecho Mercantil*.

En 4o. A, don Sergio Vela Martínez suple la licencia de don Íñigo Laviada Arrigunaga en la cátedra de *Historia General del Derecho*. Don Gerardo Gaxiola Díaz cubre la licencia de don Armando Ortega, en el *Seminario de Derecho Internacional*.

En 4o. B, regresa don Juan Manuel Asprón Pelayo a su cátedra de *Derecho Civil (Sucesiones y Familia)*, que era cubierta por don José Antonio Manzanero Escutia. Don Felipe Gómez Mont pide licencia en *Derecho Procesal Penal* y la cátedra es cubierta por don José Luis Izunza.

V. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Se conserva integrado el cuerpo de investigadores como en el ciclo escolar anterior, por los maestros Adame, Del Arenal y Díaz y Díaz, ya mencionados, y por doña Gisela Oscós, don Francisco Villalón Ezquerro, don José Manuel Villalpando César y quien esto escribe.

VI. BIBLIOTECA Y HEMEROTECA

Fiel a sus funciones de apoyo para el estudio y la investigación, mediante el préstamo interno de libros y revistas y el servicio de fotostáticas, sigue desarrollando aquéllas atendiendo a todo interesado, inscrito o no en la Escuela, de lunes a viernes, en horario corrido de 8 a 20 horas.

A su cuidado prosigue don Jaime del Arenal Fenochio, asistido por doña Laura Urbina y el personal auxiliar.

VII. PUBLICACIONES

Revistas

Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 13, 1989, 729 p.

Sociedad de Alumnos: *Estudios Jurídicos* 3, México, 1989, 191 p.
Pandecta, Revista de los Alumnos, núms. 13, 14 y 15.

Libros

Del Arenal Fenochio, Jaime. *Escuela Libre de Derecho (1912-1987)*
México, 1989, 115 p.

Sánchez Bella, Ismael. *Organización financiera de las Indias (Siglo XVI)*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 1990.
364 p.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro. *La crisis de la deuda y los desequilibrios constitucionales*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 1990.

Colección *Varia jurídica*:

- Adame Goddard, Jorge, *La libertad religiosa en México (estudio jurídico)*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, librero editor, 1990, 53 p.
- Borja Martínez, Francisco. *La reforma monetaria de 1905*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, librero editor, 1990, 44 p.
- Castro, Juventino V. *Las garantías constitucionales y la libertad personal que ellas regulan*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, librero editor, 1990, 22 p.

VIII. SEMINARIOS, CURSILLOS Y CONFERENCIAS

1. Doña Ana María Margarita César Sánchez de Villalpando, doctora en Pedagogía, ilustró y motivó a los alumnos de primer año tocante a los *Métodos y técnicas del estudio*, en tres sesiones matutinas por grupo (a, b y c), durante el mes de noviembre de 1989.
2. Un *Seminario de traducción de textos jurídicos latinos*, en el que participó un selecto grupo de alumnos de los últimos años de la carrera (Carlos Ponce, Miguel Ángel Fernández, Allan Zárate...), se desarrolló de octubre de 1989 a marzo de 1990, con sesiones de una hora cada martes y jueves, conducido por quien esto escribe.
3. *Los grandes cambios en comercio exterior* se intituló un ciclo de conferencias sobre el turismo, organizado por la Asociación de ex alumnos y desarrollado el miércoles 5 y el jueves 6 de julio de 1989.
4. *Diversos aspectos históricos y reglamentarios de la Escuela y sobre la Sociedad de Alumnos* fueron explicados a los alumnos de nuevo ingreso el viernes 8 de septiembre de 1989 por los señores secretarios don Jaime del Arenal Fenochio (académico) y don Pedro Barrera Ardura (general) y por el Presidente de dicha Sociedad, alumno Álvaro Altamirano R.
5. *La obediencia al Derecho y los derechos humanos* fue el tema de la conferencia que sustentó don Eusebio Fernández, catedrático español el martes 3 de octubre de 1989.
6. Sobre *La interpretación y la codificación* disertó el profesor Simonetto, de la Universidad de Padua, Italia, el jueves 19 de octubre de 1989.

7. *La drogadicción y sus efectos en la juventud* fueron analizados bajo los aspectos médico, psicológico y penal, por diversos especialistas, el miércoles 6 de diciembre de 1989.
8. *Suspensión de garantías* intitulóse la conferencia sustentada por don Jorge Carpizo el miércoles 21 de febrero de 1990.
9. Don Jaime Serra Puche disertó el miércoles 25 de abril de 1990 sobre aspectos de comercio y fomento industrial.
10. Don Carlos Arellano García hizo una exposición el miércoles 2 de mayo de 1990 sobre *Las facultades reservadas a los Estados según el artículo 124 constitucional*.

IX. COOPERACIONES INTERINSTITUCIONALES

1. Don Jorge Adame Goddard, con la representación de la Escuela, participó en las Jornadas en homenaje a Francesco di Martino, organizadas por la Universidad de Nápoles (Nápoles, Italia, marzo de 1990).
En el VII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, organizado por la Universidad Federal de Brasil, participó con una ponencia sobre la compraventa (Río de Janeiro, 31-VIII/2-IX-1990).
2. Don Jaime del Arenal Fenochio en el Colegio de Michoacán disertó sobre los *Fundamentos de una sociedad injusta*, en el IX Coloquio de Antropología e Historia Regionales (Zamora, 25/27-X-1989); impartió un *Seminario sobre los fondos antiguos del Archivo Judicial del Distrito Federal* (1-XII-89) y asistió al XII Coloquio, que versó sobre la "Herencia española en la cultura material de las regiones de México (22/24-VIII-90).
Dentro del III Congreso de Historia del Medio Milenio en América expuso *La libertad en las leyes mexicanas* (Querétaro, Qro., 27/29-X-89).
En el IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Madrid, España, 5/10-II-90), con la representación de la Escuela, trató *El estudio de los derechos real e indiano en el Colegio de San Ildefonso de México a principios del siglo XIX*.
3. Don Francisco de Icaza Dufour y don Fernando Alejandro Vázquez Pando concurren en representación de la Escuela al IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho In-

diano (Madrid, 5/10-II-90) con sendas ponencias sobre *El ducado y señorío de Atlixco* y *¿Existió un Derecho monetario novohispano?*

Ambos juristas fueron admitidos como miembros de número del mencionado Instituto.

4. Don Francisco de Icaza Dufour sustentó una conferencia el 13 de febrero de 1990 en Pamplona, invitado por la Universidad de Navarra, sobre *La organización social de los antiguos mexicanos*.
5. En la *Mesa redonda sobre el estado actual de la enseñanza y de la investigación del Derecho romano y de la Historia del Derecho en México* (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 26-VII-90) participaron los maestros Adame, Del Arenal, De Icaza y Vázquez Pando, antes mencionados, y don Francisco Villalón Ezquerro.

X. OTROS ACONTECIMIENTOS MEMORABLES

1. La Sociedad de Alumnos colaboró con la H. Junta Directiva de la Escuela en la organización de conferencias. Ejecutó diversos concursos y otros actos académicos, culturales, deportivos y sociales. Atendió la asesoría jurídica gratuita, la bolsa de trabajo y las relaciones interuniversitarias.
2. *Cena de graduación* organizaron los alumnos de 5o. año, el sábado 22 de julio de 1989 en el Salón Casino del Bosque.
3. Una *semana de publicaciones* (lunes 27 de noviembre/viernes 1 de diciembre de 1989) dedicóse a la venta intensiva de las que distribuye y lanza el Fondo para la difusión del Derecho. La maestra Gisela Oscós Said fue la coordinadora.
4. La *comida a profesores* que anualmente les ofrece la H. Junta Directiva sirvióse un día de diciembre de 1989 en el Club de Banqueros.
5. Para celebrar el septuagésimo octavo aniversario de la Escuela, la Sociedad de Alumnos organizó la *comida anual*, el viernes 16 de marzo de 1990, en el Salón Casino del Bosque.

XI. APÉNDICES

1. ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS EN EL CICLO 1989/1990

2153. María de la Paz Edaena Islas Vergara
La industria maquiladora de exportación a la luz del Derecho Laboral Mexicano. Tesis laureada.
20 de septiembre de 1989.
2154. Lucía Fernanda López Lucero
Marco jurídico de la Nucleoeléctrica Laguna Verde.
21 de septiembre de 1989.
2155. Sergio Cuen Sandoval
El derecho de veto de las minorías en la Sociedad Anónima a la luz de la Ley de Inversiones Extranjeras.
22 de septiembre de 1989.
2156. J. Jesús Magaña Torres
Análisis y perspectivas de los Consejos Consultivos de Servicios Migratorios.
29 de septiembre de 1989.
2157. Alma Renée Cacheaux Alvarez
La acción cambiaria directa en la letra de cambio.
19 de octubre de 1989.
2158. Jorge Herrera Palafox
Reflexiones sobre la Asamblea de Representantes en el Distrito Federal. Tesis laureada.
20 de octubre de 1989.
2159. Marco Antonio de la Peña Sánchez. *Mención por su solución al caso práctico*
Autonomía del Banco de México como organismo público descentralizado. Tesis laureada.
24 de octubre de 1989.
2160. Adrián Roberto Mañón Camargo. *Mención por su examen profesional*
La prueba en contrario en el Derecho Procesal del Trabajo
26 de octubre de 1989.

2161. Alan Jorge de Rosenzweig de Rosenzweig
Análisis del arrendamiento de bienes muebles.
30 de octubre de 1989.
2162. Myrna Briselda Blancas Vargas. *Mención por su examen profesional*
Penalización del mal uso de embriones humanos en las investigaciones científicas y el delito de manipulación ilícita de la maternidad.
31 de octubre de 1989
2163. Roque Antonio Camelo Cano
La nulidad del instrumento público notarial.
6 de noviembre de 1989.
2164. José Fernando Pío Díaz Castañares
Programa de reestructuración de la Dirección General de Servicios Migratorios.
7 de noviembre de 1989.
2165. María Catalina Quintanilla Ramos
Responsabilidad notarial.
10 de noviembre de 1989.
2166. Andrés Ferrer Paredes Trejo
Efectos de la suspensión de pagos del fiado en la fianza de empresa.
13 de noviembre de 1989.
2167. Marcela Celorio Mancera
Proyecto de reforma al Código Civil vigente en el Distrito Federal con el fin de regular los actos de administración y dominio en relación al patrimonio.
17 de noviembre de 1989.
2168. Oscar Daniel Moreno Martínez
La responsabilidad por incumplimiento del Contrato de Transporte en el Servicio Público Federal de Carga en México.
23 de noviembre de 1989.
2169. Ambrosio de Jesús Michel Higuera. *Mención por su solución al caso práctico*
Normas de policía y buen gobierno.
28 de noviembre de 1989.
2170. Héctor Sotero Mata Alvarez
Análisis del régimen jurídico aplicable al gobierno del Distrito Federal.
5 de diciembre de 1989.

2171. Fernando García de Alba Casas
Naturaleza jurídica del notario público en el Distrito Federal.
11 de diciembre de 1989.
2172. Julián Zinzer Sierra
El Municipio como quejoso en el juicio de amparo.
13 de diciembre de 1989.
2173. Antonio Arámburu Mejía
Tres problemas de aplicación estricta de normas relativas a la suspensión del acto reclamado.
14 de diciembre de 1989.
2174. José Luis Vicente Garduño Barreda
Transformación de sociedad.
12 de enero de 1990.
2175. Gerardo Cándano Conesa
Marco legal del factoring en el sistema financiero mexicano. Tesis laureada.
18 de enero de 1990.
2176. Carlos Rodrigo Monroy Castillo Miranda
Sobre la reducción del territorio del Distrito Federal. Tesis laureada.
6 de febrero de 1990.
2177. Marco Manuel Reyes Bolado
Supletoriedad del derecho adjetivo común respecto del mercantil.
9 de febrero de 1990.
2178. Pedro Santamarina Noriega
La sociedad pública dentro del derecho bursátil mexicano
14 de febrero de 1990.
2179. Marco Antonio Jaimes Luna
El silencio administrativo en materia de fijación de precios oficiales.
21 de febrero de 1990.
2180. Jesús Rodríguez Inda
El proceso mercantil y su reforma. Tesis laureada.
23 de febrero de 1990.
2181. María Irela López Nucamendi
El fideicomiso testamentario.
26 de febrero de 1990.

2182. Ameyali Fujiko Espinosa Nava
Algunos aspectos jurídicos de los hijos de madre sustituta.
28 de febrero de 1990.
2183. José Arturo Sedas Valencia
La Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Algunas consideraciones sobre sus facultades. Tesis laureada.
7 de marzo de 1990.
2184. José Valencia Soto Ramírez, *Mención por su examen profesional. La representación de las personas morales en materia adjetiva laboral.*
9 de marzo de 1990.
2185. Agustín Ramírez Flores
Naturaleza jurídica de las sociedades de inversión.
12 de marzo de 1990.
2186. Fernando Raúl Suárez Vergara
El impuesto municipal sobre traslación de dominio y otras operaciones con bienes inmuebles en el Estado de México.
14 de marzo de 1990.
2187. Roberto González Hornedo. *Mención por su solución al caso práctico. El sistema de calificación electoral en el Derecho mexicano. Tesis laureada.*
15 de marzo de 1990.
2188. María Cecilia Quintanilla Madero. *Mención por su examen profesional. Algunas consideraciones sobre la inamovilidad del Poder Judicial Federal.*
19 de marzo de 1990.
2189. Alejandro Guillermo Rodríguez Maurice
Proporcionalidad y equidad de los impuestos indirectos.
22 de marzo de 1990.
2190. Ignacio Javier Estévez González
Consejos directivos de las sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca de desarrollo.
26 de marzo de 1990.
2191. Felipe de Jesús Servín García
Los empleados de confianza burocráticos.
28 de marzo de 1990.
2192. Rafael Robles Miaja. *Mención por su examen profesional. Consideraciones teóricas y prácticas sobre la escisión de socie-*

- dades a la luz del sistema jurídico mexicano. Tesis laureada.*
29 de marzo de 1990.
2193. Horacio Armando Hernández Orozco
La ampliación de garantías a los derechos humanos.
2 de abril de 1990.
2194. Ricardo Zazueta Chávez
Ampliación de las garantías individuales a través de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Tesis laureada.
3 de abril de 1990.
2195. Juan José Ríos Estavillo
Hacia un nuevo derecho de huelga.
4 de abril de 1990.
2196. María del Rosario Guzmán Poire. *Mención por su examen profesional. Génesis y perspectivas de la legislación vigente en México en materia de Iglesia y libertad religiosa. Tesis laureada.*
5 de abril de 1990.
2197. Guillermo Macías y Díaz Infante
Breves consideraciones constitucionales sobre las leyes tributarias.
16 de abril de 1990.
2198. José Carlos Rangel Paz
El derecho individual de sufragio.
17 de abril de 1990.
2199. René Gabriel Tercero Rocha
La Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Su naturaleza jurídica. Tesis laureada.
18 de abril de 1990.
2200. Martín Ramón Aguilera Mendoza
Algunas consideraciones en relación a la sociedad conyugal.
20 de abril de 1990.
2201. María del Pilar Nidia Gamboa Lastiri
Facultades de la Dirección General del Derecho de Autor en materia de Conciliación y Arbitraje.
24 de abril de 1990.
2202. Atilio Alberto Peralta Merino. *Mención por su examen profesional. Empresas transnacionales y descolonización económica (un enfoque jurídico).*
25 de abril de 1990.

2203. Sandra Margarita Avila Torres. *Mención por su examen profesional. El régimen fiscal de la sucesión en el Distrito Federal.* 27 de abril de 1990.
2204. Roberto Ferrusquía Canchola. *Régimen fiscal de la asociación en participación en la Ley del Impuesto sobre la Renta, periodo 1965-1990.* 2 de mayo de 1990.
2205. Sandra Aguirre Torres. *Régimen jurídico del Servicio Público en la evolución del estado moderno.* 3 de mayo de 1990.
2206. Rebeca María Guadalupe Castroparedes Carrillo. *La tutela penal de la víctima en el delito de violación* 4 de mayo de 1990.
2207. Carla Amalia Best Basurto. *La naturaleza jurídica del contrato de seguro por cuenta ajena y del contrato de seguro por cuenta de quien corresponda.* 7 de mayo de 1990.
2208. María de la Luz Guadalupe Cortina Borja. *Conflicto de leyes internacionales en materia matrimonial.* 8 de mayo de 1990.
2209. Fernanda Castillo Barrón. *Régimen laboral aplicable a los trabajadores de los fideicomisos en México.* 9 de mayo de 1990.
2210. Arturo Gutiérrez Hernández. *Mención por su examen profesional. Aspectos jurídicos del concubinato.* 11 de mayo de 1990.
2211. Laura Patricia Urbina Gómez. *La desaparición de funcionarios en las entidades federativas. Tesis laureada.* 14 de mayo de 1990.
2212. Elda Leticia Quijano Díez. *Empresa sin responsabilidad; agencia de colocación sin responsabilidad... ¿Quién protege al trabajador temporal?* 15 de mayo de 1990.

2213. María del Carmen Pastor Fontanet. *Naturaleza jurídica de la obediencia debida.* 16 de mayo de 1990.
2214. Emilio Romano Mussali. *Análisis de la situación jurídica de los refugiados en México. Tesis laureada.* 17 de mayo de 1990.
2215. Constanza Tort Sanromán. *Mención en su examen profesional. Los derechos del concebido.* 18 de mayo de 1990.

2. ALUMNOS PREMIADOS EN EL CICLO 1989/1990

Primer año A

- 1er. premio
María Fernanda Barrera Cristiani
Carmina Cortés Rodríguez
- 2o. premio
María Eugenia Mesta Espinosa
Hugo Murillo Zermeño

Primer año B

- 1er. premio
Bernardo Strimling Fridman
- 2o. premio
Rodolfo Elías Herrera
Alejandro Jaime Gómez Sánchez
Rubén Minutti Zanatta
Jorge Rojas López
Reyna María Rojas López
José Antonio Sosa Castañeda
Rocío Suayfeta Sainz

Primer año C

- 1er. premio
Juan Cortiñas Barajas
Miguel Ángel Zamora y Vega

2o. premio

Carlos Almazán Arreola
 María Teresa Chávez Martínez
 Nuria Planas Vidal

Segundo año A

2o. premio

Juan García de Acevedo Chávez
 José Joaquín Herrera Villanueva
 Rubén Magaña Luna
 Ricardo Luis More Domenech
 Boris Alain Otto Lira

Segundo año B

2o. premio

Carlos Juan de la Garza Herrera
 Araceli Helguera Heredia

Tercer año B

2o. premio

Rafael Adrián Avante Juárez
 Juan Manuel González Bernal
 Fernando Orrantia Dworak
 Ricardo Alfredo Peralta Martínez
 Juan Pablo Rico Caso
 Diana Gabriela Sánchez Dávila

Cuarto año B

2o. premio

Julio Montejano Hilton
 Luis Demetrio Santos Jiménez

Quinto año A

1er. premio

Miguel Fernández Contro

2o. premio

Francisco Fuentes Ostos
 Armando Ostos Zepeda

Quinto año B

1er. premio

Ricardo Hernández Estrada
 María Teresa Pailles Vergara

2o. premio

Fernando de Salvidea de Miguel
 Rodrigo González Luna Castellanos
 Federico Eugenio Núñez González
 Margarita Zavala Gómez del Campo

3. PREMIO "EDUARDO TRIGUEROS SARABIA" 1988/1989

Ofrecido por Fomento Cultural Banamex, A. C., para el autor de la mejor tesis laureada por la Escuela (Diploma y \$2'000,000.00), correspondió y fue entregado en la ceremonia de iniciación de cursos del 3 de septiembre de 1990 a doña Verónica Huerta Ortiz: *La influencia de la Filosofía Positiva en la enseñanza del Derecho en México (1867/1911)*.

4. ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS
 DEL 21 DE OCTUBRE DE 1982 AL
 24 DE MAYO DE 1985

(Nota Bene: Se publica esta relación para subsanar el vacío entre la de la *Memoria del 70 Aniversario de la ELD -1982-* y las que han venido apareciendo desde el número 10 de esta *Revista de Investigaciones Jurídicas -1986-*).

1768 José Antonio Becerril González

El delito de violación en nuestra sistemática jurídica.
 21 de octubre de 1982

1769. Esteban de León Espinoza

La Reforma Constitucional
 26 de octubre de 1982.

1770. Hugo Hernández Pérez
El Fideicomiso de Garantía y la llamada Ejecución Fiduciaria.
28 de octubre de 1982.
1771. José Antonio Escalante Ramírez
La facultad reglamentaria
4 de noviembre de 1982.
1772. Alfredo Ayala Herrera
Estudio sociológico, histórico y jurídico del delito de cohecho en el Código Penal para el Distrito Federal.
9 de noviembre de 1982.
1773. María Teresa Román Urrutia
Problemática de la Federalización de las Juntas de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje.
11 de noviembre de 1982.
1774. Miguel García y García
Reflexiones sobre un posible control de las actividades del Ministerio Público.
12 de noviembre de 1982.
1775. Silvia Carolina Rico Conejo
Trabajador de confianza.
18 de noviembre de 1982.
1776. Francisco Conzuelo Gutiérrez
El movimiento obrero de México.
25 de noviembre de 1982.
1777. Ruth Zisman Cohen. *Mención por su examen profesional.*
El contrato de las cajas de seguridad en el derecho mexicano.
26 de noviembre de 1982.
1778. Carlos Ignacio Licona Sáenz
Breves consideraciones sobre ciertos medios de captación de crédito. Tesis laureada.
29 de noviembre de 1982.
1779. Margarita de la Cabada Betancourt
Naturaleza jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Tesis laureada.
30 de noviembre de 1982.
1780. Manuel Enrique Arizmendi San Pedro
La suspensión de los actos impugnados en la ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.
2 de diciembre de 1982.

1781. Guillermo Villarreal Torres. *Mención por su examen profesional.*
La representación de las partes en la etapa conciliatoria de los conflictos individuales de trabajo.
3 de diciembre de 1982.
1782. Mario Artasánchez Bautista
Consideraciones sobre algunas facultades constitucionales del Ministerio Público en materia penal.
7 de diciembre de 1982.
1783. Arturo Luis Antonio Díaz Jiménez
Sobre el procedimiento de cancelación, reposición o pago de los títulos de crédito.
9 de diciembre de 1982.
1784. Miguel Adolfo Rosillo Sánchez. *Mención por su examen profesional.*
Breves consideraciones jurídicas sobre la actuación del Banco de México en el mercado de cambios.
9 de diciembre de 1982.
1785. Susana Margarita Bravo Vieyetz
Bases jurídicas para la planeación urbana en México.
10 de diciembre de 1982.
1786. Óscar Doria Flores
Situación jurídico internacional de los fondos marinos. Tesis laureada.
10 de diciembre de 1982.
1787. Daniel Kuri Breña Romero de Terreros. *Mención por su examen profesional.*
Aspectos jurídicos de la piramidación de la inversión extranjera y el control de sociedades por parte de extranjeros.
14 de diciembre de 1982.
1788. María Isabel Estévez Martínez
Reservas mineras nacionales.
14 de diciembre de 1982.
1789. María de Lourdes Lammoglia Lemini. *Mención por su examen profesional.*
La instancia conciliatoria del Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Federal, su análisis dentro del contexto del artículo 21 constitucional.
15 de diciembre de 1982.

1790. Benjamín Vidargas Rojas
La doble tributación, un problema del sistema impositivo.
17 de marzo de 1983.
1791. Ignacio Salvador Ochoa López
Ensayo jurídico acerca de la zona federal marítimo terrestre.
23 de marzo de 1983.
1792. María Elena Rosas López
El procedimiento de extradición.
24 de marzo de 1983.
1793. Roberto Sanabria Castillo
Concepción jurídica del establecimiento permanente en el derecho fiscal mexicano.
25 de marzo de 1983.
1794. Leobardo Villela Silva. *Mención por su examen profesional.*
El autocontrato.
4 de abril de 1983.
1795. Pablo Calderón González
Situación jurídico laboral de los jubilados en México.
5 de abril de 1983.
1796. Raymundo Vázquez Castellanos
Notas sobre las facultades legislativas del Presidente de la República. Tesis laureada.
7 de abril de 1983.
1797. Justino Lorenzo Juárez Jiménez
La asignación.
12 de abril de 1983.
1798. Miguel Cue González
Exposición y crítica del derecho urbanístico mexicano.
13 de abril de 1983.
1799. Yolanda Patricia Fernández Wong
La Confederación Obrera Panamericana (COPA), sus intereses en México y la conveniencia de su desaparición.
14 de abril de 1983.
1800. Alejandro Rojas Flores
Las subsistencias de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles durante su transformación.
15 de abril de 1983.
1801. Ernestina Pérez Jiménez
La rehabilitación de los trabajadores.
18 de abril de 1983.

1802. Fernando Viveros Castañeda
La suprema autoridad agraria y sus resoluciones.
19 de abril de 1983.
1803. Roberto Gerardo López Jiménez
Naturaleza jurídica y efectos del registro sindical.
21 de abril de 1983.
1804. Sergio Antonio Grimaldi Ramos
El establecimiento permanente en la Ley del Impuesto sobre la Renta.
22 de abril de 1983.
1805. Eduardo Carrillo Díaz. *Mención por su examen profesional.*
Estudio sobre la carencia de derechos políticos en el Distrito Federal.
22 de abril de 1983.
1806. Jesús Sánchez Ugarte
El control de cambios en México - Antecedentes y régimen actual.
26 de abril de 1983.
1807. María Teresa Gómez Ramírez
Los fines prácticos de la estatización bancaria - Breve referencia histórica del desarrollo de la banca moderna y de la banca mexicana.
26 de abril de 1983.
1808. Gilberto Terríquez Santana
Ensayo crítico sobre la teoría del patrimonio.
27 de abril de 1983.
1809. Rafael Sánchez Navarro Caraza
La confesional sobre hechos propios, consideraciones sobre los artículos 787 y 797 de la Ley Federal del Trabajo.
27 de abril de 1983.
1810. Francisco Xavier Manzanero Escutia
La requisa en México.
28 de abril de 1983.
1811. Octavio Augusto Martínez Trillo
Autoridad portuaria en México.
28 de abril de 1983.
1812. Pedro Ordorica Leñero. *Mención por su examen profesional.*
Cláusula Rebus sic stantibus (Teoría de la imprevisión). Tesis laureada.
29 de abril de 1983.

1813. María Luisa Díaz Hernández. *Mención para su examen profesional. El secreto bancario en México.*
2 de mayo de 1983.
1814. José Ángel Villalobos Magaña
La patria potestad
2 de mayo de 1983.
1815. Héctor Reynaldo Tinoco Jaramillo
Modalidades que introduce el depósito centralizado de valores a la teoría general de los títulos de crédito.
3 de mayo de 1983.
1816. Javier de la Mora Cagigas
El derecho moderno de iguales y el uso alternativo del mismo - Una justificación jurídica del ejido.
3 de mayo de 1983.
1817. Homero Díaz Rodríguez
El artículo 53 de la Ley Federal de Reforma Agraria (Estudio sobre la inexistencia jurídica en materia agraria). Tesis laureada.
4 de mayo de 1983.
1818. Javier Eduardo Lizardi Calderón
La nacionalización de la Banca, su función autorizada y consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable antes y después del decreto de 1o. de septiembre de 1982.
4 de mayo de 1983.
1819. Roberto Alfonso Velázquez Valdés
La naturaleza jurídica de los servicios que presta el ajustador de seguros.
9 de mayo de 1983.
1820. Javier Figueroa Castro
Conveniencia de implantar un sistema más formal en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento para preservar la institución del matrimonio.
9 de mayo de 1983.
1821. Eduardo Ramos Gómez
Reconocimiento de los Estados en Derecho Internacional.
11 de mayo de 1983.
1822. René Trigo Rizo. *Mención por su examen profesional. Integración de la población del Estado mexicano.*
11 de mayo de 1983.

1823. Armando Federico Moreno Ruiz
Hacia un tribunal federal de justicia administrativa.
12 de mayo de 1983.
1824. Gloria Athié Morales
Los servicios públicos, pluralidad del concepto - Criterios para su distinción y clasificación.
12 de mayo de 1983.
1825. Elizabeth Jesús Soto Medellín
Sobre la desaparición de poderes en los estados de la Federación.
13 de mayo de 1983.
1826. Cecilia Valderrama Zaldívar. *Mención por su examen profesional. El artículo transitorio como expresión característica del derecho intertemporal. Tesis laureada.*
13 de mayo de 1983.
1827. César García Méndez
Breves consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago. Tesis laureada.
7 de octubre de 1983.
1828. José Gabriel Bastidas Salcido
El Partido Revolucionario Institucional y la reforma política.
13 de octubre de 1983.
1829. Francisco Castellanos Guzmán
Aspectos jurídicos de los controles cambiarios en México durante 1982.
17 de octubre de 1983.
1830. Carlos Manuel Lemini Ávila
El programa de reformas político sociales de la Revolución.
19 de octubre de 1983.
1831. Eutiquio López Hernández. *Mención por su examen profesional. La responsabilidad civil de los constructores debe ser objetiva.*
20 de octubre de 1983.
1832. Elías Saad Ganem
El Ejecutivo estatal, análisis histórico constitucional "Caso Hidalgo".
21 de octubre de 1983.

1833. Francisco Javier Villalón Ezquerro. *Mención por su examen profesional. El efecto suspensivo de la confusión (Aportación crítica del Derecho Romano al Derecho Mercantil)*.
24 de octubre de 1983
1834. Patricia Rivera Torres
El seguro obligatorio del viajero.
25 de octubre de 1983.
1835. Mario Alberto Zavala Díaz
Los certificados de aportación patrimonial.
26 de octubre de 1983.
1836. María de Lourdes Cordero Zamora
La Ley de Impuesto al Valor Agregado y algunos aspectos constitucionales.
3 de noviembre de 1983.
1837. Miguel Ángel Campos Echeverría
Incorporación del referéndum en el sistema político mexicano.
4 de noviembre de 1983.
1838. Emilio Valero Pérez Vargas
Notas sobre el control de cambios.
7 de noviembre de 1983.
1839. Rodolfo Millán Dena
Las formas agrarias de organización superior
10 de noviembre de 1983.
1840. Patricia del Carmen Osorio Lastra
Breves consideraciones jurídicas sobre las comisiones inter-secretariales.
11 de noviembre de 1983.
1841. María Concepción Isoard Viesca
Consideraciones filosóficas sobre el derecho a la vida.
24 de noviembre de 1983.
1842. Rafael José González Remis
La circulación de los títulos de crédito.
28 de noviembre de 1983.
1843. Jaime Rangel Lozada
La garantía del derecho al trabajo y las disposiciones legales que se le oponen.
29 de noviembre de 1983.

1844. Fernando Villaseñor Romo
Análisis del artículo 161 de la Ley Federal del Trabajo y el principio de estabilidad en el empleo.
1o. de diciembre de 1983.
1845. María Esther Novelo Rivas
El fideicomiso público en México. Tesis laureada.
7 de diciembre de 1983.
1846. Hilda García Islas
Naturaleza jurídica del embargo.
8 de diciembre de 1983.
1847. Marco Tulio Rafael Ruiz Cruz. *Mención por su examen profesional. La intervención política en el ámbito municipal*.
9 de diciembre de 1983.
1848. José Antonio López Padilla
La deshumanización del derecho por el Estado. Tesis laureada.
14 de diciembre de 1983.
1849. Guillermo Hamdan Castro. *Mención por su examen profesional. Lineamientos generales de derecho procesal penal comparado italo-mexicano. Tesis laureada*.
15 de diciembre de 1983.
1850. Raúl Enrique Morales Cadena
Las presunciones de legítima defensa contenidas en el artículo 15 sección III parte final del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal.
24 de enero de 1984.
1851. Carmen Quintanilla Madero. *Mención por su caso práctico. Algunos aspectos del sistema federal de responsabilidades de los servidores públicos. Tesis laureada*.
31 de enero de 1984.
1852. Joaquín Blanes Casas. *Mención por su examen profesional. Periodo legislativo 1853-1855. Tesis laureada*.
6 de febrero de 1984.
1853. José Luis Izunza Espinoza
Algunas consideraciones sobre la intervención del ofendido en el proceso penal del Distrito Federal.
9 de febrero de 1984.

1854. Carlos Matuk Kanan
La nueva administración pública.
20 de febrero de 1984.
1855. Carlos Mijares Fernández
Breves consideraciones sobre la inconstitucionalidad del traspaso de partidos, de amplificación automática y de la contratación de compromisos más allá de las autorizaciones presupuestales.
22 de febrero de 1984.
1856. Luis Miguel Krasovsky Prieto
Obligaciones que se adquieren por medio de la electrónica.
Tesis laureada.
12 de marzo de 1984.
1857. Luis Manuel Pérez de Acha
El funcionario público ante sus propios actos para efectos del juicio de amparo.
13 de marzo de 1984.
1858. Fernando de la Peza Berríos. *Mención por su examen profesional.*
Pacta Sunt Servanda.
14 de marzo de 1984.
1859. Rodrigo Pérez Salazar Barreiro. *Mención por su caso práctico.*
Aspectos jurídicos del financiamiento para el desarrollo industrial en México.
15 de marzo de 1984.
1860. Gerardo Alfredo Muñoz Hernández
Las empresas mineras (Sociedades Mercantiles Mineras)
19 de marzo de 1984.
1861. Rafael Ortega Oteo
Reformas al Código Penal llevadas a cabo durante 1981 y 1982.
20 de marzo de 1984.
1862. Germán Rivera Rueda. *Mención por su examen profesional.*
El derecho positivo internacional laboral y su impacto en México.
27 de marzo de 1984.
1863. María del Rocío González Hernández
Análisis comparativo de las nacionalizaciones bancarias francesa y mexicana.
29 de marzo de 1984.

1864. Eduardo Arce Gargollo
Los sindicatos de accionistas: consecuencia de una sociedad anónima en crisis. *Tesis laureada.*
2 de abril de 1984.
1865. Paulina Sáenz y Sáenz
Consideraciones generales acerca de las sociedades nacionales de crédito.
3 de abril de 1984.
1866. Alfredo Acevedo Rivas
Las sociedades nacionales de crédito, entidades de la administración pública federal.
5 de abril de 1984.
1867. Fernando Eugenio Ortiz Gómez
La realidad del poder reformador de la Constitución.
6 de abril de 1984.
1868. Alfonso Ángel Rocha Albertsen
La tarjeta de crédito FIDEC.
9 de abril de 1984.
1869. María Isabel Gutiérrez Vidales
Análisis de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. *Tesis laureada.*
11 de abril de 1984.
1870. Josefina Engell Cortina
El arbitraje voluntario.
12 de abril de 1984.
1871. Juan Carlos García Cuéllar
El contrato de arrendamiento financiero.
13 de abril de 1984.
1872. Luis Antonio Ibáñez Cornejo. *Mención por su examen profesional.*
Estudio dogmático del delito de enriquecimiento ilícito.
23 de abril de 1984.
1873. Francisco Javier Cárdenas Ramírez
La imputabilidad disminuida. *Tesis laureada.*
24 de abril de 1984.
1874. María del Pilar Noriega García
La Criminología en la individualización de la pena.
25 de abril de 1984.

1875. Gerardo Diego Fernández Sotelo
Consideraciones en torno a la acción extraordinaria.
26 de abril de 1984.
1876. Carlos Alejandro Creel Carrera
Regulación de la información privilegiada en el derecho mexicano y norteamericano.
2 de mayo de 1984.
1877. Jorge Alejandro Xicoténcatl Rea Gutiérrez
El concepto de incidente
3 de mayo de 1984.
1878. Julián Real Vázquez
Naturaleza jurídica del matrimonio y los esponsales.
4 de mayo de 1984.
1879. Jorge Antonio Torres Gómez
Interrupción en la generación de recargos a partir de la suspensión del acto reclamado.
8 de mayo de 1984.
1880. María del Pilar Lugo Hernández
El fideicomiso público como figura jurídica para el desarrollo en México.
9 de mayo de 1984.
1881. Manrique Moheno Aguilar
Naturaleza jurídica de la contra garantía del artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
10 de mayo de 1984.
1882. Silvia Santillán de la Torre
"Edad" factor determinante en el tratamiento de las conductas antisociales del menor.
14 de mayo de 1984.
1883. Luis Gerardo Canchola Rocha
Las sociedades irregulares.
15 de mayo de 1984.
1884. Ivonne Sáenz Padilla
Reflexiones sobre la planeación nacional del desarrollo.
16 de mayo de 1984.
1885. Alfonso González Alonso
Algunas consideraciones sobre la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.
17 de mayo de 1984.

1886. Juan Manuel Gutiérrez Nava
La reducción territorial del Distrito Federal y la implantación del Estado del Valle de México.
21 de mayo de 1984.
1887. María Isabel Becerril Hernández
Análisis de los capitales constituidos en el régimen del Seguro Social.
9 de octubre de 1984.
1888. Pablo Ariztegui Andreve
El colonialismo, las colonias y consideraciones histórico-jurídicas respecto a la naturaleza de los dominios españoles de ultramar. Tesis laureada.
10 de octubre de 1984.
1889. Luis Robles Miaja
Estudio de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.
30 de octubre de 1984.
1890. Marcos Montes de Oca Rivera
El Ministerio Público, promotor de la justicia y vigilante de la constitucionalidad y legalidad.
15 de noviembre de 1984.
1891. Eugenio Aguilar Zepeda
Requisitos de fondo y caducidad de las facultades de revisión, comprobación y determinación del crédito fiscal en relación con la improcedencia de cumplimiento de sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación.
16 de noviembre de 1984.
1892. José de Jesús Huerta Ortiz
La vinculación de marcas y la exclusión de marcas nacionales extranjerizadas: una ilusión nacionalista.
22 de noviembre de 1984.
1893. Emma Herlinda Villagómez Ordóñez
El divorcio por decisión unilateral. Tesis laureada.
30 de noviembre de 1984.
1894. Luis Eduardo Rigoberto López Padilla
Orden jurídico y moral social: reto del cuarto mundo. Tesis laureada.
30 de noviembre de 1984.

1895. Manuel Huacuja Martínez
La inconstitucionalidad de los interdictos en los Códigos de procedimientos civiles de Tamaulipas, Campeche, Chiapas, Morelos, Puebla, Sonora, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.
7 de diciembre de 1984.
1896. Antonio Loera Aguilar. *Mención por su examen profesional. La regulación de inversiones extranjeras en materia bancaria, breve análisis comparativo.*
11 de diciembre de 1984.
1897. José de Jesús Niño de la Selva
Suplencia, en caso de falta, del protocolo notarial.
13 de diciembre de 1984.
1898. María de Lourdes Gutiérrez Mancera
La extradición interestatal.
7 de enero de 1985.
1899. Jorge Alberto Quevedo Fernández
La legitimación contractual.
11 de enero de 1985.
1900. José Antonio Manzanero Escutia. *Mención por su caso práctico. Nueva regulación de la sociedad civil en el Código Civil para el Distrito Federal.*
15 de enero de 1985.
1901. Gerardo Ibarra García
La naturaleza jurídica de la obligación fiadora.
30 de enero de 1985.
1902. Carlos Arellano Hobelsberger. *Mención por su examen profesional. El procedimiento civil en la justicia de paz. Tesis laureada.*
8 de febrero de 1985.
1903. Guillermo Garay Espinoza
El arbitraje administrativo.
16 de febrero de 1985.
1904. David Hurtado Badiola
La propiedad inmobiliaria en la nueva legislación urbanística mexicana.
6 de marzo de 1985.

1905. Margarita Magaña Mitre
El adulterio en México en el Derecho Civil y Penal.
11 de marzo de 1985.
1906. Luis Miguel Granados García
Los verdaderos alcances de las fracciones II y III del artículo 103 Constitucional.
18 de marzo de 1985.
1907. Rita Arabella Glender Díaz. *Mención por su examen profesional. Análisis jurídico de los certificados de inafectabilidad agraria.*
19 de marzo de 1985.
1908. Rodolfo Félix Cárdenas. *Mención por su examen profesional. El recurso de apelación interpuesto en contra del auto de término constitucional y la facultad del tribunal de alzada para re-clasificar el o los delitos por los que se ha de instruir el proceso en los términos de los artículos 415 del C.P.P.D.F. y 364, 385 segundo párrafo del C.F.P.P.*
20 de marzo de 1985.
1909. Miguel Alejandro Vázquez Garza
La escisión de sociedades en relación con la Ley General de Sociedades Mercantiles. Tesis laureada.
25 de marzo de 1985.
1910. Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea
El juicio de amparo en contra de reformas constitucionales. Tesis laureada.
26 de marzo de 1985.
1911. Rosalía Ramos Troconis
Infanticidio tipo adecuado.
27 de marzo de 1987.
1912. Jorge Isaac Gastelum Miranda
Análisis jurídico del nuevo centro de población ejidal denominado El Mahone.
28 de marzo de 1985.
1913. Gustavo Rafael Ibarrola Serrano. *Mención por su examen profesional. El Poder Ejecutivo del Estado de Chiapas.*
29 de marzo de 1985.

1914. Rafael Minor Molina
La declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra leyes.
9 de abril de 1985.
1915. Sergio Fillad Fahme
El delito preterintencional.
11 de abril de 1985.
1916. Alberto de la Garma Torres
El arrendamiento financiero: y la nueva ley general de organizaciones y actividades auxiliares del crédito.
12 de abril de 1989.
1917. Francisco Julián Gaxiola Fernández
Ideas sobre derecho urbano ecológico.
15 de abril de 1985.
1918. María de Lourdes Salas Arredondo
La eutanasia y el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.
17 de abril de 1985.
1919. Mariano Soni Fernández
Las marcas como instrumento de protección al consumidor.
18 de abril de 1985.
1920. Rubén Gerardo García Castillo
Naturaleza jurídica del secretariado técnico de gabinete.
19 de abril de 1985.
1921. Haydée Córdova González
Estudio acerca de las personas morales como sujetos activos del delito.
22 de abril de 1985.
1922. Miguel Alcocer Herrera
Algunas consideraciones jurídicas en torno a la mora.
23 de abril de 1985.
1923. Fernando Cataño Muro Sandoval
Régimen fiscal de los dividendos en la ley del Impuesto sobre la Renta: periodo 1965-1986. Tesis laureada.
25 de abril de 1985.
1924. Juan Carlos Ortega Castro
Seguro Social, seguridad social. Aspectos históricos, administrativos y fiscales.
29 de abril de 1985.

1925. Alfonso Pasapera Mora
Daño moral.
30 de abril de 1985.
1926. Roberto Sergio Genis González
Análisis de la fracción décima del artículo 115 constitucional y nuestro sistema federal. Tesis laureada.
2 de mayo de 1985.
1927. Salvador García Alcocer
Modos de impugnación en materia procesal civil.
3 de mayo de 1985.
1928. Laura Martha Clapes Romero
La suspensión en materia penal dentro del juicio de amparo.
6 de mayo de 1985.
1929. Víctor Hugo Villalobos Ordóñez
La represión penal del narcotráfico. Tesis laureada.
7 de mayo de 1985.
1930. Raúl Baca Peña. *Mención por su examen profesional. El cumplimiento de las ejecutorias de amparo.*
8 de mayo de 1985.
1931. Antonio Mario Prida Peón del Valle
La declaración franco-mexicana del 28 de agosto de 1981 ante el derecho internacional.
9 de mayo de 1985.
1932. Mario Héctor Blancas Vargas
Medios de impugnación en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.
13 de mayo de 1985.
1933. Carlos Antonio Morales Montes de Oca
Proyecto de reglamentación del contrato de adhesión en la Ley Federal de Protección al Consumidor.
14 de mayo de 1985.
1934. Rafael Anzures Uribe. *Mención por su examen profesional. El Procurador General de la República como Consejero Jurídico del Gobierno Federal.*
15 de mayo de 1985.
1935. Emilio Ramírez Gamiz Casillas
La administración de la sociedad anónima por otra de la misma especie.
16 de mayo de 1985.

1936. María del Rocío Morales Hernández.
El derecho autoral y las sociedades autorales en México.
17 de mayo de 1985.
1937. Flavio Antonio Díaz Mirón Álvarez
Comentarios respecto de la exención de impuestos.
20 de mayo de 1985.
1938. Jorge Carlos Torres Benítez
La regulación jurídica de la zona federal marítimo terrestre
21 de mayo de 1985.
1939. Marco Francisco Forastieri Muñoz
*La identidad del fiduciario fideicomisario en el supuesto del
párrafo 4o. del Art. 348 de la Ley General de Títulos y Ope-
raciones de Crédito.*
23 de mayo de 1985.
1940. Carlos Eduardo Delgado Gallart
*La responsabilidad penal de las personas morales: un estudio
comparativo en las legislaciones de México y de Estados
Unidos.*
24 de mayo de 1985.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO (1912-1987)

Dirección: Jaime del Arenal Fenochio,
México, Escuela Libre de Derecho, 1989,
116 p.

El júbilo que animara al septuagésimo quinto aniversario de la Escuela Libre de Derecho cobra vida perdurable en esta luciente Memoria.

Diseñada y ejecutada con gracia y elegancia extraordinarias, a la imagen une la Palabra: Cuatro discursos y dieciséis editoriales periodísticos, esparcidos donosamente entre ciento cincuenta y seis fotografías, que en el clásico blanco y negro y distribuidas con muy buen gusto, rememoran personas y cosas ligadas con el origen y fundación de la Escuela y recrean vivencias del año festivo, desde la augusta ceremonia o el alegre banquete hasta los más variados aspectos de la cotidianeidad profesoral-estudiantil.

Por ello, no se podrán correr y recorrer las páginas de esta Memoria sin sentir lo uno en lo múltiple, los vínculos generacionales, la vitalidad, la grandeza de esta Institución, que vive cada día, cada momento, realizando los destinos que le dieron origen y perduración.

Nos congratulamos muy vivamente con las autoridades de la Escuela y con nuestros compañeros que en una o en otra forma intervinieron en la preparación y logro feliz de esta Memoria, especialmente don Jaime del Arenal Fenochio y los alumnos Catalina Quintanilla y Jorge de Ibarrola. Con gran acierto y belleza, sus propósitos de rescate, conservación y transmisión quedaron cumplidos con creces. Por ellos testimonia la Escuela su afán de servir a México, a la Libertad y al Derecho.

M.L.M.

NOTICIAS NECROLÓGICAS

Con pena participamos la desaparición física, ocurrida en distintas fechas de los dos últimos años, de cinco maestros de la Escuela Libre de Derecho, a saber, de: don José Arce y Cervantes, don Raúl F. Cárdenas, don Roberto Núñez y Escalante, don Juan Antonio Peralta Valdés y don Eduardo Olmedo Cotilla.

I. DON JOSÉ ARCE Y CERVANTES (México, D. F., 6-IV-1917/15-IX-1989)

Exalumno, prosecretario un tiempo, en la ELD fue profesor sucesivamente de *Obligaciones, Notariado* y *Sucesiones*.

Su preparatoria habíala hecho en el Instituto Franco Inglés y en 1936 ingresó a la ELD, donde se recibiría de abogado el 24 de octubre de 1940 defendiendo una tesis sobre *Los contratos preparatorios en el Derecho Civil Mexicano*, ante un sínodo integrado por don Germán Fernández del Castillo, don Salvador I. Reynoso, don Carlos Sánchez Mejorada, don Francisco Sordo Noriega y don Manuel de Medina Baeza.

En la relación de abogados egresados publicada en la *Memoria del 70 Aniversario*, lleva el número 553.

Notario desde el 27 de agosto de 1945, Notaría 102, también se dio tiempo para enseñar y escribir. Fue así, profesor de diversas materias, como la civil, la notarial, la registral y otras, en el Instituto Panamericano de Humanidades (hoy Universidad Panamericana), el Colegio de las Vizcaínas, el Instituto Yacatia, el Doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM y otras instituciones de educación superior. Autor de muchos artículos publicados en diversas revistas especializadas, escribió dos libros: *De las sucesiones*, México, Porrúa, 1983, y *De los bienes*, obra póstuma, México, Porrúa, 1990, 145 p.

Prologando Bernardo Pérez Fernández del Castillo la obra *De los bienes* por José Arce y Cervantes, dice de él que "socialmente se le recuerda como un hombre delicado, discreto y buen amigo".

II. DON RAÚL F. CÁRDENAS (México, D. F., 23-III-1909/6-X-1989)

Fue exalumno, profesor y rector, cargo este último que desempeñó de enero de 1971 al 24 de enero de 1974, fecha en que presentó su renuncia a la H. Junta General de Profesores.

En la galería de rectores del salón de exámenes profesionales de la Escuela aparece su efigie entre las de don David Casares Nicolín y don Francisco García Jimeno, también ya desaparecidos, y entre cuyos rectorados don Raúl ejerció el suyo.

De sus obras rectorales, mencionemos tan sólo la material que se plasmó en el edificio que ocupa hoy la Escuela y que le correspondió inaugurar muy solemnemente el 24 de julio de 1972, según puede verse en la *Memoria del Sexagésimo Aniversario de la ELD*.

Estudios de secundaria y preparatoria habíalos hecho en el Colegio francés, Centro Unión, y de allí vino a la Escuela el 4 de septiembre de 1928 y en ésta sustentó examen profesional el 17 de marzo de 1933 con una tesis sobre *La realidad política de México*, ante un jurado integrado por don Manuel Herrera y Lasso, don Germán Fernández del Castillo, don Antonio Rodríguez Gil Vélez, don Gustavo R. Velasco y don Luis Mier y Terán.

En la relación de abogados egresados publicada en la *Memoria del 70 Aniversario* aparece bajo el número 349 y en la sección del profesorado (pág. 147) vienen su fotografía y datos que él mismo proporcionara relativos a estudios, docencia, actividades en organismos científicos y oficiales, ejercicio profesional y obra escrita. En la Revista de Investigaciones Jurídicas de la ELD y en revistas especializadas en Derecho Penal, publicó numerosos artículos y, entre sus libros mencionemos: *Derecho Penal Mexicano, Tomo I, y Estudios Penales*.

Maestro de muchas generaciones, al fallecer hallábase don Raúl retirado de su cátedra con licencia.

DON ROBERTO NÚÑEZ Y ESCALANTE (México, D. F., 7-II-1919/11-X-1989)

La *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho* venera en él a su fundador y la Escuela guarda memoria del profesor de Derecho Internacional Público.

Habiéndose graduado de abogado el 18 de abril de 1941, le correspondió ser, de entre los alumnos hijos de abogados egresados de la Escuela, el primero en recibirse.

Fueron sus padres, don Jenaro Núñez Prida, que se había titulado en la ELD el 13 de marzo de 1917, y doña Matilde Escalante Lerdo de Tejada; cursó primaria, secundaria y preparatoria en el Instituto Franco-Inglés, y de allí vino a esta Escuela, en donde se recibiría con la tesis: *Investment trust, posible aceptación de esta institución en la legislación mexicana*. El sínodo de su examen estuvo integrado por los juristas don Gustavo R. Velasco, don Luis R. Lagos, don Mariano Alcocer, don Manuel Herrera y Lasso y don Francisco A. Casasús. En la relación de abogados egresados publicada en la *Memoria del 70 Aniversario de la ELD*, aparece bajo el número 563.

Notario en ejercicio en el Distrito Federal a partir del 2 de abril de 1944, estuvo adscrito a la notaría 43 hasta 1946 y fue luego titular de la 112 hasta el día de su fallecimiento.

Atendió la consultoría jurídica de la Quinta Región Militar (1952/1960), del Poder Ejecutivo del Gobierno de Campeche (67/73) y de la Gran Comisión de la Cámara de Diputados de la XLIX Legislatura (73/76).

Delegado de México en la Conferencia Internacional Diplomática sobre Testamentos (Washington, 1973).

Su cátedra de Derecho Internacional Público desempeñóla en el 4o. año, grupo A, de esta Escuela, de 1967 a 1977 y fue coordinador investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas en 1976/1977. En la UNAM fue titular de esa asignatura en la Facultad de Derecho, de 1957 a 1970; y profesor de Sociedad y Política del México Actual, en la Escuela para Extranjeros, de 1977 a 1979. En el Colegio de Notarios del Distrito Federal, expositor en los cursos de actualización del notariado. Y en la Secretaría de Relaciones Exteriores, miembro titular tres veces del jurado de admisión para el servicio exterior.

Libros publicados: *Investment trust, s.p.i. Compendio de Derecho Internacional Público*, México, Orión, 1970; *Proyección 76*, México, Orión, 1972; *Cuestión de límites del Estado de Campeche*, México, La Muralla, 1980.

Colaboró en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la ELD* y en revistas notariales y publicó más de mil artículos editoriales en los diarios capitalinos: *La Prensa* (mayo de 69/octubre de 77) y *El Universal* (enero 78/octubre 89).

Fue director de la Revista Jurídica Notarial y en tres periodos de la Revista de Derecho Notarial Mexicano.

Miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, de la Barra Mexicana de Abogados, del Colegio de Notarios del Distrito Federal, de las academias mexicanas de Derecho Notarial y de Derecho Internacional (Secretario institucional) y de la Soberana y Militar Orden de Malta (Secretario institucional). Vocal, en cuatro periodos, del Consejo de Notarios del Distrito Federal.

Fundador de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y en tres periodos vocal de su Consejo directivo.

IV. DON JUAN ANTONIO PERALTA VALDÉS (México, D. F., 30-IV-1917/21-III-90)

Proveniente de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde se había recibido el 23 de octubre de 1942 con una tesis sobre *La compraventa con reserva de dominio*, en la ELD fue sinodal en exámenes profesionales y en diversas materias, profesor de seminario y de Introducción al Estudio del Derecho y al instaurarse la cátedra de Seguridad Social se le encomendó, la atendió, y al ocurrir su deceso se encontraba retirado de ella con licencia.

Había ingresado en 1937 como pasante al despacho de don Germán Fernández del Castillo, de quien sería después secretario particular, de 1952 a 1954, años en que dicho juriconsulto atendió como jefe el departamento jurídico del Instituto Mexicano del Seguro Social. Allí fue el licenciado Peralta subjefe desde 1959, encargado en 1960 y jefe hasta 1964; después, asesor de la subdirección general jurídica, hasta su jubilación en 1977.

Otras actividades profesionales y su retrato, muéstralos en su página 188 la *Memoria del 70 Aniversario de la ELD*.

V. DON EDUARDO OLMEDO COTILLA (México, D. F., 19-IV-1905/3-IV-1990)

Fue profesor de Historia general del Derecho en 1947 y 1948 y de Historia del Derecho patrio en 1963, sucesor de don Javier de Cervantes en ambas cátedras.

Hijo del ingeniero y profesor Daniel Olmedo Mayagoitia y de doña Margarita Cotilla de Olmedo, tuvo como único hermano a don Daniel Olmedo Cotilla, sacerdote jesuita e historiador. Casó con doña Carmen Badía en 1928 y procrearon once hijos.

Antes de ingresar a la ELD en 1924, había hecho estudios con los hermanos maristas y en un seminario de los padres josefinos; estudió en el Colegio Francés de enseñanza preparatoria de 1918 a 1920.

Se recibió de abogado el 29 de octubre de 1930 con una tesis sobre *La protección social de los menores*, defendida ante un jurado integrado por don Emilio Pardo Aspe, don José Ángel Ceniceros, don Javier Piña y Palacios, don Antonio Rodríguez y Vélez y don Arturo Bueno y Urquidi. En la relación de egresados publicada en la *Memoria del 70 Aniversario de la ELD*, se localiza bajo el número 298.

Inició su vida profesional en un juzgado, invitado por los mencionados abogados Ceniceros y Piña y Palacios. Posteriormente ingresó a la industria del papel e intervino en la constitución de la Cámara Nacional de las Industrias de la Celulosa y Papel, cuyos estatutos redactó junto con don Manuel de Medina Baeza.

Don Eduardo fue maestro también en la Escuela Superior de Comercio, en la Facultad de Comercio y en el Colegio Francés Morelos.

M.L.M.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR LICENCIADO
DIEGO MARTÍN DEL CAMPO, EL 3 DE SEPTIEMBRE DE
1990 EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO
ESCOLAR 1990/1991

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Honorables Miembros de la Junta Directiva,
Señores Profesores,
Alumnos de la Escuela,
Señoras y señores:

Agradezco la invitación que me hizo el señor Rector de nuestra Escuela para dirigir unas palabras en esta ceremonia de iniciación del curso escolar 1990-1991.

Ocasión especial, que representa no sólo el inicio de un nuevo año lectivo sino una fiesta de renovación, renovación que año con año se ha venido dando en forma ininterrumpida, desde la fundación de nuestra Escuela aquel 24 de julio de 1912, con la savia nueva y fresca que significa para la Escuela Libre de Derecho el ingreso de nuevas generaciones, que como hoy ustedes alumnos de primer año, han abierto un nuevo capítulo para escribir en la historia de sus vidas, el inicio de un camino de esfuerzo noble, perseverante y generoso, que estoy cierto los llevará a la realización de la vocación que han elegido libre y razonadamente, esto es, el estudio del derecho para ejercer la profesión de abogado.

Cabe aquí hacer un paréntesis y reflexionar sobre lo que significa ser abogado: abogado es, según la "ciencia del foro o reglas para formar a un abogado": "un hombre de *bien* versado en Jurisprudencia (y en el arte del bien hablar), que concurre a la administración de Justicia, ya dirigiendo con sus consejos a los que le consultan, ya defendiendo sus intereses en los tribunales, o ya también decidiendo y cortando sus diferencias cuando lo nombran juez árbitro de ellos".

Abogado es en suma, aquel que lleva a cabo la tarea de aconsejar y pedir justicia, actuando en nombre de quien a él se confía.

Nuestra vocación no se concreta en una mera preparación académica, sino en una vivencia profesional. Sin embargo, entran ustedes jóvenes a una maravillosa etapa, una etapa de siembra, en la que un nuevo mundo se abrirá ante sus ojos, en la que el trabajo no será fácil, y requerirá de cada uno, dedicación, empeño y perserevancia. La carrera de Derecho, como se ha señalado, no es una carrera de velocidad, sino de reflexión, de meditación para madurar conceptos e ideas sobre instituciones que exigen un estudio permanente y metódico.

Recorran esta etapa con el entusiasmo que es parte de la íntima convicción de la meta que se han trazado y con ilusión, con la ilusión que es un estimulante espiritual y potencia creadora de mil facultades ignotas, alegría en el trabajo y recompensa del esfuerzo, y aprendan en este recorrido a sentir y amar la profesión que están llamados a ejercer, una profesión de servicio, de servicio a sus semejantes, sin perder nunca de vista los ideales que la animan, justicia, seguridad, bien común, valores supremos que no se enfocan en el vacío de una biblioteca o gabinete de investigación, sino que se realizan en seres de carne y hueso, entre los hombres.

Pues el Derecho, como lo señala el maestro Miguel Villoro Toranzo, "es el mínimo de amor exigido en sociedad", es el amor la clave de lo justo y del Derecho, y es en la realización de esta capacidad de amar donde "reside la grandeza del ser humano, la justificación de su existencia, el progreso del Derecho y el desarrollo de la civilización"; "todo esfuerzo por explicar el Derecho como un orden racional o como producto de fuerzas históricas será incompleto, si le falta el ingrediente más importante, que es su inspiración en la justicia, la cual a su vez no es más que una forma de amor".

Tengamos siempre presente que el hacer justicia o pedirla constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre, que a diferencia de otros oficios o profesiones en los que actúan un elemento psicológico del profesional y otro elemento material y externo, como lo aclara Ángel Osorio, "en la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más de ella".

Y cuando estén llamados a ejercer su profesión, recuerden que el abogado debe conducirse con bondad y con verdad, pues en el abogado no es posible separar al hombre de su obra, y en él, "la rectitud de conciencia es sin duda más importante que el tesoro de los conocimientos". En el abogado "lo primero es ser bueno; luego ser firme;

después ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar y la pericia, en el último".

Estudien, piensen, reflexionen y trabajen sin desanimarse, prepárense con ahínco para ser dignos de vestir algún día la toga, símbolo de la abogacía, porque esta profesión que han elegido es noble por sí misma y ennoblece a aquellos que la abrazan.

Ustedes, queridos alumnos, han escogido asimismo esta Escuela, la Escuela Libre de Derecho, para que sea ella la que les abra los ojos y los conduzca por este mundo nuevo de las ciencias jurídicas, y creo que es oportuno hacer mención y recordar los valores e ideales que han sustentado y en que se ha fundado nuestra Escuela, que explican su esencia y su destino, esta Escuela, que surgió en aras de un ideal muy claro, expresado así por sus alumnos en boca de don Manuel Herrera y Lasso y hecho propio y secundado por sus maestros: "La libertad de enseñanza", y cuyos valores pueden resumirse en palabras del maestro Sánchez Medal en "el sentido del honor, en el amor a la libertad y en el culto por el Derecho".

El honor de los alumnos, pues es a ellos a quienes se confía el orden y la disciplina de esta Escuela. Honor que con orgullo podemos decir se ha mantenido año con año desde su fundación, pues nunca se han interrumpido los estudios por algún acto de indisciplina de sus estudiantes.

El honor de los maestros, quienes inspirados por este sentimiento y por el cariño de impartir sus clases a ustedes jóvenes alumnos, y sin percibir ni buscar otra retribución de carácter económico o de otra índole, que el honor y la satisfacción de servir a la Escuela en la cátedra, compartimos con ustedes nuestros conocimientos, nuestras dudas e inquietudes en cada rama del Derecho.

El amor a la libertad, que fue la semilla y el germen del que brotó esta Escuela, y que ha sido su emblema distintivo, pues sólo en un ambiente de libertad es donde puede florecer la ciencia, el impulso creativo y la excelencia académica.

Ya lo decía Juan Milton en su "Areopagítica" o discurso por la libertad: "Sobre todas las libertades dadme la de saber, la de expresarme y discutir libremente según me dicta mi conciencia."

Y es así como el artículo primero del estatuto de la Escuela proclama que: "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."

El culto por el Derecho, pues es el estudio del Derecho, su enseñanza y difusión, la tarea y el ideal de nuestra Escuela.

En el reconocimiento, en la observancia y en la fidelidad inquebrantable a estos valores hemos permanecido unidos desde su origen los maestros y alumnos de la Escuela Libre de Derecho.

Los maestros de la Escuela por nuestra parte, debemos continuar con nuestra misión de servicio, con esta hermosa tarea que ha sido definida por los maestros Emilio Rabasa y Manuel Herrera y Lasso como la noble tarea de "alumbrar los entendimientos sin violar la integridad de las conciencias", porque maestro es el guía que conoce los caminos y sugiere el derrotero, el que suscita ideas sin coerción que las imponga, el que adoctrina con matiz paternal en el tono de confianza, del diálogo socrático, el que vigila el brote del germen, ayuda a su crecimiento natural y enriquece su desarrollo con el injerto de la enseñanza". Llevando a cabo nuestra función con estimación sincera y franca hacia ustedes, jóvenes, porque, y permítaseme decir esto inspirado en las palabras de Ángel Osorio: "La juventud es sagrada", porque son ustedes la continuación de nuestra historia, con un alma menos pesimista y contaminada que la de los hombres curtidos, porque vienen a buscarnos poniendo en nosotros su fe, porque a nadie sino a ustedes alumnos les será dado enmendar nuestros yerros, o perfeccionar nuestros aciertos, o dar eficacia a nuestras teorías, porque "la juventud tiene siempre algo de filial."

Por último, con una finalidad conjunta, maestros y alumnos debemos trabajar unidos para contribuir con el Derecho en los cambios que nuestra patria está experimentando, y en aquellos que ella reclama, porque a nuestra profesión compete el ser brújula que marque el rumbo, porque los abogados debemos contribuir en este proceso de desarrollo y evolución señalando y abriendo el sendero por donde habrán de producirse los cambios, por donde puedan transitar las generaciones que nos habrán de seguir.

"Tan grande es nuestro destino y tanta es asimismo nuestra responsabilidad."

Muchas gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR PABLO R.
GONZÁLEZ G., PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE
ALUMNOS, EN LA INAUGURACIÓN DEL CICLO ESCOLAR
1990/1991, EL 3 DE SETIEMBRE DE 1990

Sr. Lic. José Cándano, Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Honorables miembros de la Junta Directiva,
Sr. Lic. Pedro Barrera, Secretario de la Escuela Libre de Derecho,
Maestros,
Alumnos:

Es para todos nosotros motivo de orgullo y satisfacción el formar parte de una institución que, a través de sus casi ochenta años de vida, ha tenido como fin y ha alcanzado la excelencia en la enseñanza de las ciencias jurídicas.

La nuestra es una institución que se precia de procurar la formación de juristas con un criterio independiente, comprometidos con el Derecho. No en balde, la Escuela Libre de Derecho goza de una tradición libertaria tan rica y tan valiosa hoy en día como cuando nació, producto de una protesta estudiantil en contra de la injerencia de intereses políticos en la educación. A partir de entonces, y no sin luchas y estragos, se ha mantenido independiente del poder público y de cualquier presión que pudiere coartar su libertad en el conocimiento de las ciencias jurídicas, que deben de ser guía de una sociedad más libre y más justa.

Gracias a la dedicación y al entusiasmo demostrado por maestros y alumnos que han brindado sus conocimientos y estudiado en esta Escuela a través de los años, la misma cuenta hoy con un prestigio inigualable entre las escuelas y universidades del país.

Sin duda alguna un gran logro, producto de loables esfuerzos, que a la vez nos obliga y nos da ánimo para mantener y engrandecer esa tradición y ese prestigio.

Al respecto me permito en esta ocasión citar al insigne maestro de la Escuela, licenciado Jorge Adame Goddard:

"Una cosa me parece que está fuera de duda: que la Escuela puede ser mejor de lo que hoy es, y que para perfeccionarse requiere de *re-
sumir y profundizar* la tradición que la nutre."

De acuerdo con la cita del licenciado Adame, quisiera en esta ocasión hacer referencia a dos conceptos que debemos hacer nuestros y enarbolar como necesarios para preservar y aumentar el prestigio de nuestra Escuela:

El primero de ellos la tradición, a la que me he referido en párrafos anteriores y que es el fundamento de la estructura de nuestra Escuela.

El segundo se refiere a nuestro compromiso y responsabilidad, tanto con el futuro de nuestra Escuela, así como, a través de nuestra actividad profesional, con el país.

No podemos permitir que estos dos principios se desliguen, y menos aún cuando se tiene una tradición tan rica y valiosa que guiará nuestros pasos en el futuro.

Así pues, no debemos por ningún motivo perder de vista la historia de la Escuela, de sus características distintivas, de sus principios y de su ánimo, sino que debemos retomarlas, actualizarlas y con ellas mirar hacia el futuro.

Retomando esta tradición podremos hacer frente a nuestra misión tanto con el futuro de la Escuela como con el país.

Por lo que hace a la Escuela, maestros y alumnos debemos trabajar por consolidar el prestigio académico de la misma.

Para ello, son necesarios profesores que sepan enseñar, mostrando una verdadera vocación docente y una afición por el estudio. Decía don Emilio Rabasa que la Escuela, por ser autónoma, está en posibilidad de implantar el concepto moderno de enseñanza, y añadía:

"Enseñar es alumbrar para que los ojos vean y las inteligencias se regocijen: es animar las inteligencias a ejercitar sus propias fuerzas."

Por su parte los alumnos debemos de tomar con seriedad y dedicación nuestros estudios profesionales buscando adquirir una profunda y amplia preparación.

Para facilitar la tarea que como estudiantes tenemos encomendada, una sociedad de alumnos como la que represento, debe ser auténtica ejecutora de las aspiraciones estudiantiles, fomentando y a la vez siendo vehículo para lograr una mayor participación de los alumnos en la solución de los problemas de nuestra institución.

Pero el compromiso que tenemos tanto maestros como alumnos no

termina en las aulas de estudio, lo que nos lleva, en segundo término, a la misión que como abogados tenemos con nuestro país.

En una época de tan profundos y rápidos cambios algunos se han preguntado ¿dónde están los abogados? Démosles respuesta proporcionando a la sociedad técnicas e instrumentos que hagan frente a los reclamos y necesidades sociales. Para lograr esto se requiere de abogados preparados, dinámicos y comprometidos con el país.

Por ello los invito el día de hoy a revitalizar la tradición de la Escuela para poder enfrentar con creces los retos que de nosotros demanda tanto nuestra Escuela como nuestro país.

Muchas gracias.

PUBLICACIONES DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO
I. LIBROS

LEACOCK, Stephen, *Elementos de Ciencia Política*, México, Imprenta Victoria, 1924, 370 p. (Agotado).*

Serie A (8 vols.) XXV Aniversario de la E.L.D. Dirección y prólogos por Germán Fernández del Castillo.

- 1o. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, tomo I: *Los orígenes*, México, Polis, 1937, *tivos en materia fiscal*, México, Polis, 1937 (Agotado).
- 2o. O'GORMAN, Edmundo, *Breve historia de las divisiones territoriales*. TENA RAMÍREZ, Felipe, *México y sus Constituciones*. VILLERS, M. G., *El sobreseimiento de los amparos administrativos en materia fiscal*, México, Polis, 1937 (agotado).
- 3o. MÁRQUEZ MONTIEL, Joaquín, *Posibilidades de algunos sistemas sociales y políticos como regímenes de gobierno para México*. ROEL, Carlos, *Los nuevos sistemas político-económicos. Fascismo y bolchevismo*. GUZMÁN TAGLE, Emilio, *Los actos de administraciones usurpadoras ante el derecho internacional*. VELASCO, Gustavo R., *El derecho administrativo y la ciencia de la administración*, México, Polis, 1938.
- 4o. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *La evaluación doctrinal del derecho internacional privado*. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Los Convenios de Bucareli ante el derecho internacional*. LEÓN DE LA BARRA, Francisco, *Algunas consideraciones acerca de la historia diplomática de México*, México, Polis, 1938. (Agotado).
- 5o. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, tomo II: *Nueva España*, México, Polis, 1938, 703 p.
- 6o. Derecho Penal
FARIÁS ANGULO, Luis, *Observaciones al proyecto del nuevo Código Penal para el Estado de Chiapas*. VERA GUILLÉN, Anto-

* Agotado, en los depósitos de libros y revistas que para su venta tiene el Fondo para la Difusión del Derecho de la ELD.

nio, *Capacidad legal de los alienados*. SILLER, Diódoro, *La responsabilidad penal de las personas morales*. SOTO BORJA, José, *La seducción como elemento constitutivo del rapto*. PONCE LAGOS, Antonio, *Penalidad en materia de trabajo*. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Antonio, *Caso médico-legal de simulación*.

Derecho Industrial

MARTÍNEZ G. C., Lázaro, *Causas de la Ruptura del contrato de trabajo y acciones que de ella nacen*. ILLANES RAMOS, Fernando, *De los artículos 269 y 270 de la Ley del Trabajo, sobre declaración de existencia o inexistencia legal de un movimiento de huelga*. (Agotado).

Sociología

ALCOCER, Mariano, *Estudios sobre la definición de sociología*. México, Polis, XV-221 p. (Agotado).

70. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, tomo III: *Nueva España: Derecho privado y Derecho de transición*, México, Publicidad y Ediciones, 1943, 768 p. (Agotado)
80. MORENO, Antonio de P. *Curso de Derecho Penal mexicano, parte especial: Delitos en particular*, México, Jus, 1944, 699 p. (Agotado)

Serie B (7 Vols.)

10. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *La nacionalidad mexicana: Notas para el estudio del Derecho internacional privado*, México, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1940, XII-172 p. (Agotado).
20. HERRERA Y LASSO, Manuel, *Estudios de Derecho constitucional*, México, Polis, 1940, 262 p. (Agotado).
30. ABARCA, Ricardo, *El Derecho Penal en México*, México, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1941, XVI-501 p. (Agotado).
40. GARCÍA GUTIÉRREZ, Jesús, *Apuntes para la historia del origen y desenvolvimiento del regio patronato indiano hasta 1857*, México, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1941, XI-331 p. (Agotado).
50. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal mexicano*, México, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1941. (Agotado).

60. *Evolución del Derecho mexicano (1912-1942)*, XXX Aniversario de la ELD.

Tomo I

HERRERA Y LASSO, Manuel, *El medio social mexicano*. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*. VELASCO, Gustavo R., *Derecho administrativo*. ENRÍQUEZ JR., Ernesto, *Derecho internacional público*. GALLARDO VÁZQUEZ, Guillermo, *Derecho internacional privado*. VÁZQUEZ PÉREZ, Francisco, *Régimen agrario*. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Antonio, *Derecho obrero*. CENICEROS, José Ángel, *Derecho penal*.

México, Jus, 1943, XVI-383 p.

Tomo II

URIBE, Macedonio, *Derecho procesal penal*. MACEDO, Pablo, *Derecho civil*. SORDO NORIEGA, Francisco, *Procedimientos civiles*. ESCOBEDO, Manuel G., *Derecho mercantil*. DE MEDINA BAEZA, Manuel, *Evolución de la abogacía*. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *Cultura jurídica*. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán, *Evolución general de las teorías*.

México, Jus, 1943, 307 p.

70. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*. (Agotado).

Serie C (8 Vols.) L Aniversario de la E.L.D.

10. CÁRDENAS, Raúl F., *Derecho penal mexicano: parte especial*. Tomo I: *Delitos contra la vida e integridad corporal*, México, Jus, 1962, 225 p. (Agotado).
20. URIBE, Luis F., *Sucesiones en Derecho mexicano*, México, Jus, 1962, 361 p. (Agotado).
30. GUZMÁN VALDIVIA, Isaac, *El conocimiento de lo social: La sociología científica y la ontología social*, México, Jus, 1962, 219 p. (Agotado).
40. BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*. Libro primero: *El proceso contencioso ordinario*, México, Jus, 1962, 250 p. (Agotado).
50. CUEVAS CANCINO, Francisco, *Tratado de la Organización Internacional*, México, Jus, 395 p. (Agotado).
60. BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*. Libro segundo: *Los procesos especiales: contenciosos atípicos, ejecutivos*,

cautelares, voluntarios y universales, México, Jus, 1963, 310 p. (Agotado).

7o. BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*. Libro tercero: *Los procesos impugnativos*, México, Jus, 1963, 260 p. (Agotado).

8o. HERRERA Y LASSO, Manuel, *Estudios constitucionales: Segunda Serie*, México, Jus, 1964, 322 p. (Agotado).

LXV Aniversario de la E.L.D.

CÁRDENAS, Raúl F., *Estudios penales*, México, Jus, 1977, 339 p. (Agotado).

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho procesal en serio y en broma*, México, Jus, 1978, XII-192 p.

LXX Aniversario

LÓPEZ MEDINA, Manuel et al., *70 Aniversario de la E.L.D.*, México, 1982, 451 p.

Del Fondo para la Difusión del Derecho:

LXXV Aniversario

HERRERA Y LASSO, Manuel, *Estudios políticos y constitucionales*, recopilación de Raquel Herrera Lasso y Jaime del Arenal Fenochio, E.L.D. y Miguel Ángel Porrúa, 1986, 551 p. (Agotado).

VEGA, Fernando, *Nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales: edición facsimilar*, México, 1883, E.L.D. y Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, México, 1987 (XIV), VIII-288 p. *Índice, Apéndice a los comentarios de la nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales*, 18 p. y *Bibliografía de Fernando Vega*, por Jaime del Arenal Fenochio, XIII p.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán, *La propiedad y la expropiación en el Derecho mexicano actual*, con un *Apéndice sobre la expropiación bancaria*, por Ramón Sánchez Medal, y *Actualización bibliográfica*, por Manuel López Medina, México, 1987, 305 p.

Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias: 1681, 5 tomos. Edición conmemorativa al V centenario del descubrimiento de Améri-

ca en el LXXV aniversario de la E.L.D. Tomos 1-4: facsímile, primero mexicano, que se corresponde con la edición príncipe Julián de Paredes, Madrid, 4 volúmenes, 1681. Tomo 5: *Estudios históricos-jurídicos*, coordinados por Francisco de Icaza Dufour, México, E.L.D. y Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, 1987. (Tomo 5, agotado).

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *Fundación de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1988, de *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 11, núm. 11, pp. 555-805. (Agotado).

D'ORS, Álvaro, *Una introducción al estudio del Derecho*. *Presentación y notas* de Jorge Adame Goddard, México, 1989, 131 p.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Del Derecho hebreo al Derecho soviético: Ensayos de filosofía de Historia del Derecho*, México, 1989, 340 p.

RODRÍGUEZ TOVAR, José Jesús, *Derecho mexicano de la seguridad social*, México, 1989, 344 p.

MURO OREJÓN, Antonio, *Lecciones Historia del Derecho Hispano-Indiano*, *Presentación* de José Luis Soberanes Fernández y *Prólogo* de Rafael Diego-Fernández S., México, E.L.D. y Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, 1989, 312 p.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *Escuela Libre de Derecho (1912-1987)*, México, 1989, 115 p.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Organización financiera de las Indias (Siglo XVI)*, México, E.L.D. y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 1990, 364 p.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda y los desequilibrios constitucionales*, México, E.L.D. y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 1990.

II. COLECCIÓN VARIA JURÍDICA

ADAME GODDARD, Jorge, *La libertad religiosa en México (Estudio Jurídico)*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, librero editor, 1990, 53 p.

BORJA MARTÍNEZ, Francisco, *La reforma monetaria de 1905*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, librero editor, 1990, 44 p.

CASTRO, Juventino V., *Las garantías constitucionales y la libertad personal que ellas regulan*, México, ELD y Miguel Ángel Porrúa, librero editor, 1990, 22 p.

III. REVISTAS

Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho
24-VII-1914 a XII-1928 (Agotada)

Revista de Investigaciones Jurídicas

- Año 1 - Número 1 - 1977, 128 p. (Agotada)
 Año 2 - Número 2 - 1978, 409 p. (Agotada)
 Año 3 - Número 3 - 1979, 499 p.
 Año 4 - Número 4 - 1980, 876 p. (Agotada)
 Año 5 - Número 5 - 1981, 482 p.
 Año 6 - Número 6 - 1982, 1a. parte: 379 p. - 2a. parte: 632 p.
 Año 7 - Número 7 - 1983, 470 p.
 Año 8 - Número 8 - 1984, Tomo 1: XIII-490 p. - Tomo 2:
 XIII-491-1066 p. (Agotadas)

Del Fondo para la Difusión del Derecho.

- Año 9 - Número 9 - 1985, 506 p.
 Año 10 - Número 10 - 1986, 484 p.
 Año 11 - Número 11 - 1987, 943 p.
 Año 12 - Número 12 - 1988, 600 p.
 Año 13 - Número 13 - 1989, 729 p.
 Año 14 - Número 14 - 1990, 690 p.

De la Sociedad de Alumnos:

1. *Revista Jurídica de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho: LXV aniversario, 1912-1977*, México, 1977, 243 p. (Agotada.)
2. *Estudios Jurídicos: con motivo del 75º aniversario*, México, 1987, 221 p. (Agotada.)
3. *Estudios Jurídicos 2*, México, 1988, 131 p. (Agotada.)
4. *Estudios Jurídicos 3*, México, 1989, 191 p.

MIGUEL VILLORO TORANZO (S.I.)

Con profunda pena el Consejo Editorial de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* se une al dolor que embarga a todos los alumnos, ex-alumnos y profesores de la Escuela Libre de Derecho, así como a la comunidad académica mexicana, por el sensible fallecimiento del Dr. Miguel Villoro Toranzo, ocurrido en la mañana del pasado viernes 28 de septiembre cuando se disponía a concurrir a sus clases en la Universidad Iberoamericana. Era, asimismo, profesor de filosofía del Derecho en la Libre.

El doctor Villoro Toranzo había nacido en Barcelona el 21 de noviembre de 1920, era mexicano por naturalización, abogado por profesión y sacerdote por vocación. Egresado de la Escuela Libre de Derecho, obtuvo el doctorado en derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México en 1973.

Fue autor de decenas de artículos y de varios libros que son ya clásicos dentro de la filosofía y la ciencia del Derecho. Sin duda el más conocido es su *Introducción al Estudio del Derecho* (1946), texto que sirve para dicha cátedra en muchísimas escuelas de derecho del país pero, además, escribió unas *Lecciones de Filosofía del Derecho* (1973), *La justicia como vivencia* (1979), *Metodología del trabajo jurídico* (1968) y una *Teoría General del Derecho* (1989), entre otras. La Escuela Libre de Derecho le editó *Del Derecho hebreo al Derecho Soviético* en 1989. En todas estas obras demostró un deseo por continuar y extender su mayor pasión: la docencia. A ésta se dedicó con sabiduría y buen humor. Afable y correcto, sereno e ingenioso, así será por muchísimos alumnos tanto de la Escuela Libre como de las universidades Iberoamericana, Anáhuac, La Salle, Autónoma de México, Guadalajara, Veracruzana, Zacatecas, San Luis Potosí, Querétaro, etc. en las que decididamente participó en la formación de jóvenes juristas.

Ojalá y su aspiración a que el Derecho fuera "el mínimo de amor exigido en sociedad" triunfe en nuestra vida jurídica como él lo hizo en su vida como jurista, como maestro y como sacerdote. Descanse en paz.