

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



HEMEROTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, 1993

AÑO 17

NÚMERO 17

Junta Directiva:

- Lic. Fausto Rico Alvarez, *Rector*
- Lic. Miguel A. Hernández Romo, *Primer vocal*
- Lic. Francisco de Icaza, *Segundo vocal*
- Lic. Mario Becerra P., *Vocal suplente*

Secretarios:

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

CONSEJO EDITORIAL

- Lic. Francisco de Icaza, *Director*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio
- Lic. Fauzi Hamdan Amad
- Lic. Jorge Adame Goddard
- Lic. Carlos Müggenburg
- 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 al 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 Núm. 6861. Certificado de licitud de contenido Núm. 7357. Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación. Reserva de derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

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

INDICE

HEMEROTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

DOCTRINA GENERAL

JORGE ADAME GODDARD

Agustín Rodríguez, como abogado postulante 9

FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR

De la libertad y capacidad del indigena 33

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

Uso alternativo de los derechos subjetivos: Derechos humanos como Derecho insurgente 45

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

La renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: Su sentido romanista 59

LUIS MIGUEL DÍAZ Y ANTONIO GARZA

Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte 71

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ

Émile Durkheim: El Derecho como moral especializada 95

RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ

La Constitución y la Tiranía: Un proyecto constitucional razonado de José Diego Fernández Torres 139

JAVIER GARCADIIEGO

Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho 199

J. A. JOLOWICZ

Naturaleza y catálogo del proceso civil: La experiencia inglesa 221

JORGE RÍOS HELIG

La función notarial en el Distrito Federal y su importancia frente a la creación y transformación del Derecho 239

RICARDO J. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ

Reformas constitucionales en materia de derechos humanos . 259

JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ

Reflexiones para una reforma judicial en México 283

SERGIO VELA TREVIÑO

Los delitos contra la familia 293

ARTURO F. ZALDÍVAR LELO DE LARREA

La defensa de la Constitución en el pensamiento de Manuel Herrera y Lasso 319

SECCIÓN MONOGRAFICA

RÉGIMEN ACTUAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

MARTÍN MICHAUS ROMERO

Los ilícitos penales en la propiedad industrial 341

CARLOS MÜGGENBURG R. V. Y JOHN MCKNIGHT

El nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: La protección de la propiedad industrial, los derechos de autor, las licencias y las franquicias en México 377

HORACIO RANGEL ORTIZ

El agotamiento del derecho de patente en el Derecho comparado y en el Derecho mexicano 411

LUIS C. SCHMIDT

Computer Software and the North American Free Trade Agreement: Will mexican law represent a trade barrier? . . 459

MISCELÁNEA

MANUEL LÓPEZ MEDINA

Sucesos varios del curso escolar 1992/1993 495

EMILIO ROMANO MUSSALI

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la operación aduanera en México 515

JOSÉ LUIS SIQUEIROS

La adopción internacional de menores 530

IN MEMORIAM

M.L.M.

Don José Becerra Bautista 541

S.V.M.

Don Sergio Vela Treviño 543

MARIO BECERRA POCOROBA

Discurso pronunciado el 10 de agosto de 1993 en la apertura del curso escolar 1993/1994 547

RODRIGO OROZCO WATERS

Discurso pronunciado por el presidente de la sociedad de alumnos al inaugurarse el ciclo 1993/1994 551

AGUSTÍN RODRÍGUEZ, COMO ABOGADO POSTULANTE

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: *Introducción. I. El caso. II. La defensa. III. La sentencia. IV. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de contribuir al conocimiento de los juristas mexicanos de fines del siglo pasado, de los que vivieron durante el gobierno de Porfirio Díaz, que es el momento en que se producen y entran en vigor los códigos mexicanos, me ha parecido interesante hacer un análisis de la argumentación y el modo de litigar de uno de los juristas más connotados de esa época, de Agustín Rodríguez Aldunate, con el objeto de conocer cuáles eran los métodos y argumentaciones que seguían los abogados en el ejercicio de su profesión, y que, consecuentemente, eran los métodos y argumentaciones aprobados por los tribunales mexicanos.

Agustín Rodríguez¹ obtuvo su formación profesional en el Seminario Conciliar de la ciudad de México, al que ingresó en 1854, cuando contaba apenas doce años de edad, y del que egresó en noviembre de 1868. Estudió ahí Humanidades y Derecho Civil y Derecho Canónico. Hizo su práctica en el despacho del abogado Juan Moreno, y presentó los exámenes correspondientes para obtener el título profesional ante el Colegio de Abogados y la Suprema Corte de Justicia. Se le reconoció como un jurista "dotado de clarísimo ingenio, de extraordinaria erudición y de una gran memoria".² Se le reputaba experto en Dere-

¹ Puede verse una semblanza biográfica en LASCURÁIN, P., "Apuntes biográficos del señor licenciado Agustín Rodríguez", en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, III, 5, noviembre de 1920; reimpresso en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 8, 1, 1984, México, pp. 9-12.

² LASCURÁIN, P., *op. cit.*, p. 11.

cho Romano y en el recurso de casación, lo cual no deja de ser una paradoja.³

Su forma de litigar puede ser conocida, porque muchos de sus escritos (alegatos, informes, peticiones, laudos) fueron publicados y, afortunadamente, un buen número de ellos se conservan reunidos en dos colecciones que se encuentran en la Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho, de la cual fue su primer rector.⁴ Haciendo una revisión externa de esta folletería, y dada su abundancia (son más de cinco mil páginas impresas), decidí hacer un análisis sobre uno de los casos judiciales, respecto del que hubiera más información en este material.

Había un caso del que existían impresos los "apuntes de alegato" (163 pp.) presentados por Agustín Rodríguez, como abogado defensor, en el juicio de primera instancia, y la sentencia correspondiente; los "apuntes de informe" (122 pp.) presentados en el recurso de apelación ante la sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, junto con la sentencia de la sala, y el "informe" (186 pp.) presentado ante el pleno de ese mismo tribunal en el recurso de casación.⁵ Me decidí a analizarlo sólo por estar suficientemente documen-

³ El interés por el Derecho Romano, en un momento en el que se considera que la principal fuente del Derecho es la ley positiva, depende de una consideración del Derecho como ciencia tradicional, que sobrepasa las limitaciones territoriales y temporales a que está sujeta la ley. En cambio, el interés por el recurso de casación, que era el recurso destinado a garantizar la exacta aplicación de la ley, es propio de una mentalidad positivista que confía en la bondad y absoluta competencia de los códigos para resolver cualquier problema jurídico. No obstante esta diferencia fundamental, el romanista pudo convivir con el casacionista, porque en México, el recurso de casación se daba por inexacta aplicación de la ley o de "su interpretación jurídica"; siendo la ley objeto de la interpretación jurídica, el romanista podía argumentar ante los tribunales, como lo hace en el caso que aquí analizamos, que los jueces no debían desconocer las enseñanzas tradicionales del Derecho ni los textos de Paulo o Ulpiano.

⁴ Hay una colección en tres tomos, denominada *Opúsculos* de Agustín Rodríguez; y otra en nueve tomos (de los cuales sólo se conservan ocho), también denominada *Opúsculos*. Los folletos y escritos impresos se agrupan en estas colecciones sin un orden determinado. Comprende impresos de escritos judiciales, en su mayoría, desde 1862 hasta 1917; contiene algunos escritos de orden espiritual y apologético.

⁵ Estos impresos se encuentran en el vol. III de la colección denominada *Opúsculos* de Agustín Rodríguez, que se encuentra en la Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho. Las fichas de cada uno de los impresos son las siguientes: *Apuntes de alegato que presenta el señor juez segundo de lo civil de esta capital, el licenciado Agustín Rodríguez, como personero y abogado del señor don Luis Bermejillo, en el juicio que contra éste ha promovido el señor licenciado Emilio Pardo, en representación de los sucesores de Magaña y Compañía, sobre reivindicación de la Hacienda de Pedernales*, México, Tipografía El Escritorio, 1910, 174 pp.; incluye (pp. 167-

tado, pero pronto me percaté de que en sí mismo el caso tenía varias peculiaridades que lo hacían digno de estudio.

Se trataba de un caso en el que se discutía la propiedad de una hacienda ubicada en el municipio de Turicato, Michoacán, que se había iniciado con una compraventa en septiembre de 1847, continuado con varias cesiones, un laudo arbitral y finalmente con una transacción de octubre de 1899, por la que el demandado defendido por Agustín Rodríguez tomó posesión de la hacienda. Se trataba de un caso que se había desarrollado durante toda la segunda mitad del siglo XIX, y que se vio influido por los acontecimientos políticos del momento. Concretamente, en el caso influyen la Revolución de Ayutla y la nacionalización de bienes y capitales de corporaciones eclesiásticas. Además, el caso se inicia con operaciones reguladas por el Derecho previo a la codificación, pero se desarrolla y se juzga bajo la vigencia de los códigos publicados durante el gobierno de Porfirio Díaz. Todo esto hace que el caso mismo, independientemente de quién fuera el abogado, tenga un peculiar interés para la historia del Derecho mexicano.

Pero a ese interés se suma el hecho de que Agustín Rodríguez fuera el abogado defensor. El cuidado con el que procede, sus análisis minuciosos de los hechos, la consideración de todas las posibles instituciones jurídicas implicadas, su cultura y erudición, la precisión de sus argumentaciones, hacen que la lectura de sus escritos judiciales sea enriquecedora tanto para un jurista como para un historiador. Transcribe en ellos literalmente los textos de varias escrituras de contratos de compraventa, cesión de créditos, de un compromiso arbitral

174) la "Sentencia del señor Juez 2o. de lo civil, licenciado don Carlos García Jr." (En lo sucesivo se citarán *Alegato* y *Sentencia*). *Apuntes de informe que presenta a la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el licenciado Agustín Rodríguez como personero y abogado del señor don Luis Bermejillo en el juicio que promoverá [sic] contra éste el señor licenciado don Emilio Pardo en representación de los sucesores de Magaña y Compañía sobre reivindicación de la Hacienda de Pedernales*, México, s.e., 1912, 122 pp.; contiene además, con numeración independiente, una "Contestación a las observaciones del señor licenciado don Toribio Esquivel Obregón", firmadas el 2 de julio de 1912, 33 páginas, y la "Ejecutoria de la 2ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal", firmada el 2 de agosto de 1912, 20 pp. (En lo sucesivo se citarán *Informe*, *Contestaciones* y *Ejecutoria*). El impreso del "Informe" en el recurso de casación no conserva la portadilla, pero en su última página (p. 186) aparece la fecha de 8 de diciembre de 1918 y el nombre de Agustín Rodríguez; consta de 186 pp. (en lo sucesivo se citará *Casación*).

y una transacción, en los que se reflejan las instituciones jurídicas y las costumbres cautelares de los abogados de la época, como la muy peculiar de asegurar que no hay "responsabilidad de conciencia" al hacer un contrato sobre bienes expropiados a la Iglesia. Analiza muchas instituciones, haciendo referencias al Derecho previo a la codificación y al Derecho codificado, como la cesión de créditos, la novación, la compraventa, los interdictos, la acción reivindicatoria, el valor probatorio de los documentos, las facultades del albacea, etcétera. Todo esto hace ver que este tipo de documentación constituye una fuente muy rica para la historia del Derecho mexicano, que no ha sido adecuadamente aprovechada.

En el estudio que a continuación presento, partiendo de los análisis de los documentos judiciales formulados por Agustín Rodríguez, ofrezco un resumen de los hechos del caso (epígrafe 1), seguido de un análisis de la defensa ejercida por ese ilustre abogado (epígrafe 2) y de la sentencia correspondiente (epígrafe 3). Finalmente pongo a consideración del lector algunas conclusiones a las que llego acerca del estilo de litigar que muestra aquí Agustín Rodríguez, que me parecen también indicativas de las costumbres y modo de operar de los abogados y tribunales de la época. Ciertamente son conclusiones provisionales, derivadas del estudio de un solo caso, que sólo valen en relación a ese caso. Pero pueden considerarse con valor de hipótesis sobre el modo de proceder de otros juristas y acerca del modo de operar de los tribunales de la época.

I. EL CASO

Agustín Rodríguez interviene como abogado de Luis Bermejillo, a quien demandan en juicio reivindicatorio los sucesores de Magaña y Cia., representados por el licenciado Emilio Pardo, reclamándole la devolución de la Hacienda de Pedernales con sus frutos y accesorios. De acuerdo con la "exposición de los hechos" que hace Agustín Rodríguez en las primeras ochenta páginas de sus *Apuntes de alegato*, y ordenándolos cronológicamente, el caso que defendió fue el siguiente. (Para facilitar las referencias a los hechos se numerarán los párrafos).

1. En septiembre de 1847, Vicente Magaña y Manuel Cárdenas formaron una "sociedad de comercio", sin hacerla constar en escritura

pública, a la cual se unió en septiembre de 1853 Francisco Infante. El 14 de octubre de 1854, acatando el artículo 29 del Código de Comercio,⁶ se consignaron las "bases" de la compañía, denominada Magaña y Compañía, en escritura pública. La compañía tenía como objeto la explotación de una hacienda, la Hacienda de Pedernales, de la cual era arrendataria.⁷

2. La hacienda, cuyo nombre completo era "Nuestra Señora de la Salud de los Pedernales", estaba ubicada en la "municipalidad" de Turicato, "Departamento" de Michoacán. Sus linderos eran: por el Oriente, con la hacienda de Cutzaro; por el Poniente y Sur con la de Puruarán, y por el Norte con la de Chupio.⁸

3. El 11 de marzo de 1854, la Compañía compra la hacienda a su propietario, Vicente Rionda. El contrato se realizó ante corredor.⁹ Se convino, que el comprador pagaría el precio (190,000 pesos) en varias exhibiciones, y que reconocía "bajo los mismos términos y condiciones, en que hoy están, los capitales que reporta la finca"; es decir, que asumía la responsabilidad de pagar los créditos contraídos (créditos hipotecarios o de otro tipo)¹⁰ con ocasión de la explotación económica de la finca; para este efecto, el comprador se obligaba, con ayuda del vendedor, a hacer un arreglo con los acreedores, y en cuanto lo hiciera, el vendedor quedaría liberado de toda responsabilidad con ellos. El total de esos créditos era de 55,000 pesos, que se consideraban como parte del precio total de la hacienda. La hacienda fue vendida "con todos sus llenos y existencias, muebles e inmuebles, ganado, límites conocidos, usos y costumbres [¿servidumbres?], cuyo pormenor consta en el inventario que se hizo..."¹¹ Como garantía del pago del precio, se constituye hipoteca sobre la misma finca.

⁶ Se refiere al llamado "código Lares", publicado el 16 de mayo de 1854, y posteriormente derogado.

⁷ *Alegato*, p. 2.

⁸ *Sentencia*, p. 169.

⁹ El texto de la escritura se reproduce en *Alegato*, pp. 3-6.

¹⁰ En una lista de los créditos que tenía Magaña y Cia., la compradora que asumió los capitales que reportaba la finca, y que posiblemente en su mayoría eran los que ella había asumido de Rionda, se mencionan tres categorías de acreedores: "acreedores escriturarios e hipotecarios" (entre los cuales se mencionan los "créditos piadosos"), "acreedores de depósito y privilegiados" (entre los cuales se mencionan los "créditos vencidos de capitales piadosos") y "acreedores comunes" (*Alegato*, pp. 15-17).

¹¹ Es interesante observar que la venta de la hacienda, aunque no tiene personalidad jurídica, viene a ser la venta de una negociación mercantil, con asunción

4. Por causa de la revolución de 1855 (la Revolución de Ayutla) "que aniquilaba todo en aquella época",¹² y por otros motivos, la compañía no puede pagar sus compromisos, por lo que gestiona y obtiene del vendedor la concesión de una prórroga para el pago de las cantidades convenidas, que se documenta en escritura pública del 22 de diciembre de 1855, y gestiona con los demás acreedores de la hacienda un nuevo arreglo de pago. Mientras se discutía el posible arreglo, uno de los acreedores, Domingo Casado, que ya había adquirido varios de los créditos, propone a los demás acreedores comprarles sus créditos, siempre y cuando pudiera hacer un convenio con Magaña y Cía. que le permita entrar en posesión y disfrute de la hacienda; los acreedores consienten en ello.¹³

5. Domingo Casado celebra con Magaña y Cía. el 11 de marzo de 1856 un convenio por el que la compañía se compromete a entregar a Casado todos sus bienes, derechos y acciones, en cuanto Casado firme con los acreedores una escritura de compra de sus créditos, con la cual quede desligada la compañía de toda responsabilidad por ellos. El convenio prevé (cláusula tercera) que Casado no adquirirá "título alguno de propiedad, dominio, posesión o cuasiposesión á las fincas rústicas ó urbanas" en tanto no pague íntegramente a todos los acreedores en "el tiempo, modo y forma convenidos con ellos mismos"; mientras no se verifique el pago, añade la cláusula, Casado poseerá la finca en "nombre y representación" de Magaña y Cía., y concluía dicha cláusula diciendo: "no debiendo, por lo mismo, reputarse este contrato como una enagenación; pues solo tiene el carácter de una promesa solemne de venta, que tendrá su cumplido efecto, cuando se verifique la condición expresada; no debiendo surtir, sino hasta entonces, todos sus efectos legales. Sobre este punto jamás, ni por ningún motivo, se admitirá duda, ni interpretación de ninguna clase..."¹⁴

6. Al día siguiente, el 12 de marzo de 1856, Domingo Casado ajusta con los acreedores una escritura, ante el escribano don Manuel Valdovinos, de Morelia, en la que se determina el monto de cada uno

de responsabilidad por sus deudas, o sea, como si fuese la venta de una empresa con personalidad jurídica.

¹² Parece ser que "los pronunciados" y el gobierno pidieron dinero a los dueños de la hacienda; ver cláusula undécima de la escritura de 22 de diciembre de 1855, en *Alegato*, p. 13.

¹³ *Alegato*, p. 9.

¹⁴ El convenio se realiza por escrito privado, con firma de tres testigos; se reproduce íntegro en *Alegato*, pp. 10-14.

de los créditos que "compra" Casado, así como el tiempo, modo y forma de su pago. El total de las deudas cuya responsabilidad asume Casado es de 339,827.73, entre las cuales se encuentra una por 100,000, a favor de Vicente Rionda, que derivaba de la cantidad que Magaña y Cía. le debía como precio por la compra de la hacienda. Al final de la escritura, el representante de Magaña y Cía. declara que "en virtud de la antecedente escritura, reconoce como único acreedor de los Señores Magaña y Compañía al Sr. Domingo Casado".¹⁵ Tres semanas después, el 7 de abril de 1856, ambas partes reducen a escritura pública, ante el mismo escribano Valdovinos, el convenio de 11 de marzo de 1856.

7. Casado posee la hacienda sin mayores contratiempos, desde marzo de 1856 hasta marzo de 1861. Entretanto, Vicente Rionda cede a Antonio del Moral su crédito, a cargo de Casado, por 100,000 pesos, mediante escritura pública de fecha 30 de agosto de 1859. Casado paga a algunos acreedores, pero como se ve imposibilitado a cumplir con todas sus obligaciones, celebra un convenio con Del Moral, en escritura pública de 5 de julio de 1861, por el que este último se subroga en todas las obligaciones y derechos que tenía Casado en virtud de los convenios celebrados con Magaña y Cía. y sus acreedores. Para confirmar la validez de este convenio, Del Moral consigue que los entonces representantes de la extinta sociedad Magaña y Cía. aprueben, en escritura pública del 29 de enero de 1862, el convenio que celebró con Casado. Tales representantes eran: dos de los socios originales (Manuel Cárdenas y Francisco Infante) y la viuda del otro (de Vicente Magaña), doña Guadalupe Garfias, en su calidad de albacea de la sucesión de su esposo.¹⁶

8. Del Moral poseyó la hacienda pacíficamente durante siete años, y pagó los créditos pendientes. Entre ellos, 55,089.25 pesos que se adeudaban a fondos 'piadosos', y que por disposición del 8 de octubre de 1861 fueron pagados al Gobierno de la República,¹⁷ y se aplicaron al Hospital Civil de Morelia y al Instituto de Morelia. El 21 de junio de 1868 Del Moral, mediante convenio privado, cede sus derechos sobre la hacienda a Pío Bermejillo y Cía., quienes entraron en posesión de la finca el 1 de julio siguiente. Una de las cláusulas de

¹⁵ El texto del convenio en *Alegato*, pp. 14 y ss.

¹⁶ *Alegato*, pp. 28 y ss.

¹⁷ ¿Se trata de una disposición para hacer aplicables las leyes de Reforma?

este contrato, prevé que Del Moral se "obliga a recabar del Superior Eclesiástico, la declaración de que el comprador de tales derechos no incurre en responsabilidad de conciencia por tal contrato". También se obliga Del Moral a hacer las gestiones necesarias ante los socios de la extinta casa Magaña y Cía. para otorgar, si conviniera, la escritura de venta en favor de Bermejillo y Cía.¹⁸

9. Para asegurar sus derechos a la hacienda, y el cumplimiento de su obligación de escriturar a favor de Bermejillo y Cía., Del Moral gestiona y obtiene, de los mismos representantes de Magaña y Compañía, la declaración de que Del Moral ha adquirido la propiedad de la hacienda, por haber cumplido cabalmente la condición impuesta a Casado, que era el pago íntegro de todo el pasivo detallado en la escritura correspondiente. Esta declaración se hizo constar en escritura pública del 15 de mayo de 1871. Posteriormente, el 10 de abril de 1885, y con el objeto de dar mayor fuerza a la declaración antedicha, Del Moral inicia un procedimiento para que los representantes de Magaña y Cía. reconozcan sus firmas en el escrito que las contiene; Manuel Cárdenas la reconoció expresamente, pero Francisco de P. Infante y Guadalupe Garfias, vda. de Magaña, no la reconocen expresamente, pero tampoco la niegan; el juez decretó el reconocimiento de firmas.¹⁹

10. El 11 de enero de 1879 Del Moral celebra un convenio con Pío Bermejillo y Cía., mediante el cual Pío Bermejillo se subroga en el crédito que tenía Del Moral contra Magaña y Cía. por cien mil pesos, y que era el crédito que Rionda tuvo, derivado de la venta de la hacienda, contra Magaña y Cía., y que luego cedió a Del Moral (ver párrafo 7). Esta subrogación era "extraña" —dice el propio Agustín Rodríguez— porque ese crédito ya se había extinguido por confusión, en cuanto Del Moral asumió las responsabilidades que tenía Casado por las deudas de la hacienda, entre las cuales se hallaba ese crédito, la Hacienda de Pedernales "en su parte raíz y dominio directo y deudor. Pero la subrogación se hizo, según dice la misma escritura que la contiene, para dar mejor cumplimiento al convenio celebrado entre Del Moral y Pío Bermejillo y Cía. Para cobrar ese "crédito", Pío Bermejillo y Cía. demanda, el 4 de marzo de 1879, a los sucesores de Magaña y Cía. y obtiene que se embargue, en garantía de su

¹⁸ Alegato, pp. 56-58.

¹⁹ Alegato, pp. 36-40.

crédito, la Hacienda de Pedernales "en su parte raíz y dominio directo"; el juicio quedó sin terminar.²⁰

11. Surgen diferencias entre Del Moral y Pío Bermejillo y Cía., con ocasión del convenio de 21 de junio de 1868. Para zanjarlas, ambas partes se someten a la decisión de un árbitro, mediante escrituras de 6 de mayo y 4 de octubre de 1879. El árbitro, Benigno Ugarte, pronuncia su laudo el 24 de enero de 1880. Establece que el convenio citado es válido; que Del Moral está obligado a arreglar con los socios de la extinguida casa Magaña y Cía. el otorgamiento de la escritura de propiedad de la Hacienda de Pedernales a favor de Pío Bermejillo y Cía. (ver párrafo 9); a conseguir del Superior Eclesiástico la declaración de que no hay problema de conciencia, y a responder por la evicción, incluyéndose en ese concepto los intereses y redenciones de capitales nacionalizados; así mismo resuelve que Pío Bermejillo y Cía. está obligado a pagar el precio convenido y la cantidad de 20,000 pesos por concepto de indemnización por perjuicios. Del Moral promueve la ejecución del laudo, y, después de varios incidentes, obtiene, el 15 de junio de 1882, que se embarguen a su favor, en garantía del pago de los 20,000 pesos, los derechos que Del Moral había cedido a Pío Bermejillo y Cía., por el contrato de 21 de junio de 1868.²¹

12. Muere Antonio del Moral, y quedan como herederos su esposa e hijos, quienes deciden, en la escritura de partición de herencia del 4 de noviembre de 1893, que el crédito contra Pío Bermejillo y Cía., derivado del laudo arbitral, quede indiviso. El licenciado Francisco Elguero, como representante de los herederos de Del Moral, continúa el procedimiento para el cobro de ese crédito. Por su parte, Bermejillo y Cía., liquidadores de Pío Bermejillo y Cía., continúan el procedimiento que había iniciado esta última contra los representantes de Magaña y Cía. por el pago de 100,000 pesos. Ninguno de estos dos procesos concluye.²²

13. Para terminar sus diferencias, los sucesores de Del Moral, representados por Francisco Elguero, y los sucesores de Pío Bermejillo y Cía., representados por José María Bermejillo, realizan una transacción, el 6 de mayo de 1899. Por ella, los sucesores de Del Moral "confirman y, si necesario fuere, para seguridad mayor, transmiten el domi-

²⁰ Alegato, pp. 58 y ss.

²¹ Alegato, pp. 61 y ss.

²² Alegato, pp. 63 y ss.

nio de la Hacienda de Pedernales á los sucesores de Pío Bermejillo"; entregan los documentos que amparan el dominio; aclaran que la hacienda está libre de todo gravamen, que el crédito por 100,000 pesos contra Magaña y Cia. se extinguió por confusión, y declaran que la hacienda "está libre de toda responsabilidad de conciencia". Por su parte, los sucesores de Pío Bermejillo y Cia. se obligan a pagar a los primeros 42,000 pesos. La escritura de transacción fue inscrita en el Registro Público de la Propiedad de Michoacán el 20 de octubre de 1899.²³

14. Los sucesores de Pío Bermejillo y Cia., primero, y luego sólo Luis Bermejillo, poseen pacíficamente la hacienda durante casi diez años. Pero el 3 de mayo de 1909, los sucesores de los socios de Magaña y Cia., representados por el licenciado Emilio Pardo, demandan a Luis Bermejillo la devolución de la Hacienda de Pedernales, con todos sus accesorios y los frutos percibidos desde el día 6 de mayo de 1909, día en que, según la demanda, comenzó el demandado a poseer *animo domini*, por virtud de la transacción habida con los herederos de Del Moral y sabiendo que éstos no eran propietarios ni podían transmitirle la propiedad.²⁴

II. LA DEFENSA

El actor, según lo expresa la demanda, ejerce la acción reivindicatoria, la acción plenaria de posesión y la acción personal por daños y perjuicios, con las que reclama la devolución de la Hacienda de Pedernales con sus accesiones y los frutos percibidos desde el 6 de mayo de 1899. En la contestación de la demanda, Agustín Rodríguez concreta su defensa en estos términos: niega la demanda, esto es niega que el actor tenga fundamentos para las acciones que reclama, y subsidiariamente, es decir, sólo para el caso de que el juez estime que el actor ha probado sus acciones, opone las excepciones de dominio (ser dueño el demandado de la hacienda), de prescripción (haberla adquirido por prescripción positiva) y de pacto (los convenios de 1856 —ver párrafo 5— y 1861 —ver párrafo 7— por los que Magaña y Cia. cedió a Casado sus derechos, y luego Casado los cedió a Del Moral).

²³ Alegato, pp. 71 y ss.

²⁴ Alegato, pp. 75 y ss.

De acuerdo con este esquema, el abogado procede a analizar una por una las acciones ejercidas por el actor, y luego las excepciones que él opone.

a) *La acción reivindicatoria.* El alegato comienza, como si fuera una exposición doctrinal, dando una definición de la acción reivindicatoria, tomada del romanista Molitor ("Tomo III", p. 251):²⁵ "la acción reivindicatoria es una acción *in rem* por la cual el propietario reclama una cosa ó parte de una cosa determinada, con sus accesiones, de cualquiera que la posee ó detiene y le desconoce la propiedad". Luego cita en Latín, y sin traducir, un texto de las Instituciones de Justiniano (Inst. 4, 6, 1), que en su opinión "precisa la idea", y es el siguiente: *veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet et possessor dominum eius se esse dicat* (por ejemplo, si alguien posee una cosa corporal, que Ticio afirma que es suya y el poseedor dice que es dueño de ella). Y a continuación añade: "Esta definición tradicional, aceptada en todos los tiempos y reconocida por la fracción primera del artículo tercero de nuestro Código de Procedimientos Civiles, expresa los elementos que debe justificar quien la intenta."²⁶ Esos elementos son dos: probar la propiedad, y probar que el demandado posee desconociendo el derecho de propiedad del actor.

Afirma que en el caso el actor no logró justificar su derecho de propiedad, y pasa a demostrarlo ofreciendo cinco argumentaciones diferentes.

i) No probó la propiedad, porque en su demanda afirma que Magaña y Cia. adquirió el dominio de la hacienda mediante compra que hizo a Vicente Rionda, pero no presenta copia de la escritura respectiva del contrato; por esta omisión, dice Rodríguez, la demanda debió ser repelida de oficio, según el artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles.²⁷

²⁵ Las referencias que da Agustín Rodríguez, las pondré en el texto, tal como aparecen en su escrito, y en notas procuraré dar las referencias completas; como en la mayoría de los casos no se puede precisar cuál es la edición que cita, he puesto los datos de la primera edición o los de la que logré localizar en la Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho. En este punto la referencia completa es MOLITOR, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain...* Paris, E. Thorin ed., 1874, 507 pp.

²⁶ Alegato, p. 84.

²⁷ Alegato, pp. 84-86.

ii) El actor acompañó su demanda con la escritura del convenio de 22 de diciembre de 1855, a la que denominaba "ratificación" del contrato de venta; pero esa escritura, dice Rodríguez, no consigna una ratificación de un contrato de venta, sino un convenio por el que el vendedor amplía el plazo para que el comprador le pague el precio.²⁸

iii) Es cierto que la escritura de 1855 hace referencia al contrato de compraventa del 11 de marzo de 1854, pero argumenta Rodríguez que "un título que hace referencia á otro, no sirve para probar lo que en éste se consigna". En apoyo de su argumento cita en Latín una "Auténtica" ("C. 2.1"), la glosa que hace Godofredo ("Nota 42") a este texto,²⁹ y dice: "este principio tan claro y tan sencillo, como fundado en la razón, es universalmente reconocido en jurisprudencia". Y para probar esto último da referencias de obras de los autores del Derecho antiguo: Covarrubias, Mascardo, Pedro Surdo, el cardenal Mantica, tomadas de Parexa ("Tit. 7o. resol. 9a. núm. 2"). Luego cita al autor español Gutiérrez Fernández ("Tomo 4o. página 203"),³⁰ y, sin precisar lugar, al francés Bonier.³¹

iv) Suponiendo que la demanda hubiera sido acompañada del contrato de compraventa respectivo, aun así, dice Rodríguez, esta escritura no sería suficiente para probar el dominio; tendría además que probarse que el vendedor era propietario, y pudo, por consecuencia, transmitir el dominio al comprador. En apoyo de su argumento cita en Latín a dos doctores del Derecho antiguo, Mascardo ("conclus. 541, núm. 1") y Parexa ("De Univ. Inst. Edit., tit. I. Resol. 3, 2, núm. 79"), una ejecutoria del Tribunal Supremo de España de 1880 (tomada de "Jurisprudencia Civil, tomo 43, págs. 334 y siguientes"),³² que se apoya en una ley de las Siete Partidas (3, 18, 114), un texto (párrafo 118) del *Curso de Derecho Romano* de Maynz³³ y un texto de Ulpiano tomado del Digesto (D 41, 1, 20), precedido de esta observación: "La enseñanza romana, contenida en estas breves palabras es la enseñanza de la razón."³⁴ Abunda en esta argumentación citando

²⁸ Alegato, p. 87.

²⁹ Parece referirse al *Código de Justiniano* comentado por Godofredo...

³⁰ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Madrid, 1867-1869, 5 vols.

³¹ Alegato, pp. 87-89.

³² *Jurisprudencia Civil*...

³³ MÁYNZ, *Curso de Derecho Romano*, 2a. ed., trad. por Antonio José Peu y Ortodinas, Barcelona, Jaime Molines ed., 1892, 2 vols.

³⁴ Alegato, pp. 89 y ss.

otros textos de Maynz (*Curso de Derecho Romano* párrafo 118), Molitor (*De la reivindicación* núm. 24),³⁵ Laurent (tomo 18, núm. —sic—),³⁶ y finalmente ejecutorias de los tribunales mexicanos: una de la Tercera Sala del Tribunal de Guerra de 15 de diciembre de 1854 (tomada de la *Gaceta de los Tribunales* t. IV, pp. 121-129);³⁷ y otra del juzgado de primera instancia de Zacatecas del 12 de enero de 1878 (tomada de *El Foro*, 2a. época, tomo tercero, núm. 42), en la cual el juez cita como fundamento de su decisión la opinión de Molitor también aducida por Rodríguez.

v) Además de probar el dominio, el reivindicante —dice Rodríguez— debe probar que el demandado posee la cosa lesionando el derecho de propiedad del primero. En el caso el actor no sólo no ha probado esto, sino que además en las mismas pruebas que él ofrece está el contrato por el que Magaña y Cia. cedió en pago la Hacienda de Pedernales a Domingo Casado y lo puso en posesión de la misma (ver párrafo 5), y el demandado, Luis Bermejillo, deriva su posesión y derecho a la hacienda del que tuvo Casado por dicho convenio.³⁸

b) *Acción plenaria de posesión*. Al igual que al inicio de la argumentación sobre la acción reivindicatoria, comienza Rodríguez dando una definición de la acción. Ahora cita a los "autores" de la Enciclopedia Española (t. 1º pág. 301),³⁹ que según él resumen "la enseñanza tradicional", y a "nuestro viejo Escriche"⁴⁰ (sin indicación de lugar). Y luego de dos largas citas advierte que ha tenido que hacer esas transcripciones, "porque... los principios del Derecho Español son los que norman el nuestro, una vez que nuestro Código Civil y nuestra ley procesal han tenido por base el proyecto primitivo de Código Español y la antigua ley de enjuiciamiento".⁴¹ Su argumento es que la acción posesoria se da para proteger al poseedor de quien lesiona o pretende lesionar su posesión; en el caso, el propio actor reconoce que

³⁵ MOLITOR, *op. cit.*, en nota 25.

³⁶ LAURENT, *Principios de Derecho Civil*, Prólogo por J. Pallares, México, Joaquín Guerra y Valle, 1889-1900, 33 vols.

³⁷ *Gaceta de los Tribunales de la República Mexicana*, tomo IV, núm. 7, 14 de febrero de 1863, México.

³⁸ Alegato, pp. 95-97.

³⁹ *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, por Lorenzo Arrazoola, Madrid, Tip. Antonio Rius y Rosell, 1848.

⁴⁰ *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, por Joaquín Escriche, nueva edición corregida, Madrid, 1873, 2 tomos.

⁴¹ Alegato, p. 100.

el demandado es el poseedor, por lo que no tiene fundamento para pedir la acción posesoria.

En opinión de Rodríguez, apoyado por los autores que cita, la acción posesoria es una sola, que sirve para obtener una sentencia provisional, y en ese caso se denomina interdicto, o una sentencia definitiva, y se denomina entonces acción plenaria. Con la acción posesoria, en su forma de interdicto de recuperar, se puede reclamar la devolución de una posesión sustraída violenta o clandestinamente; o se puede pedir, en su forma de interdicto de adquirir, la entrada en la posesión de bienes hereditarios. Pero en el caso en cuestión, el actor no ha probado ni que fuera despojado de la posesión, ni que tuviera algún derecho hereditario a la hacienda.

Y aun suponiendo, abunda el abogado, que la acción plenaria de posesión sirviera para recuperar una posesión perdida por actos no arbitrarios, no procedería en el caso, porque el actor no ha probado que tiene una posesión mejor que el demandado, puesto que alega que su posesión deriva del derecho de propiedad, y no ha logrado demostrar la propiedad.

c) *Acción personal por daños y perjuicios.* Advierte que el actor no precisa cuál es la acción que ejercita, y que si bien es cierto que el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles no requiere que se diga el nombre de la acción para que ésta proceda, sin embargo sí exige que se determine con claridad cuál es la prestación que se exige y el título o causa que la sustenta.

En su demanda, el actor precisa que reclama la restitución de la hacienda con todos sus frutos y accesiones. Y las accesiones y los frutos no son prestaciones que se exigen con acciones personales, sino con la acción reivindicatoria. Este —añade Rodríguez— “es un principio elemental en Derecho, que así expresa, resumiendo la enseñanza tradicional, Francisco Gasparolo (“Edición de 1902, pág. 317”), en su novísimo y valioso tratado de Derecho Romano, que es la base de todo derecho...” y sigue la cita en Latín del texto del autor que dice que con la acción reivindicatoria se exige la cosa con sus frutos y accesorios. Concluye que el actor no precisa cuál es la prestación que exige con esa supuesta acción personal.⁴²

Además, agrega Agustín Rodríguez, era necesario que el autor demostrara cuál era la causa de la acción personal que ejercitaba, y

⁴² *Alegato*, pp. 105 y 106.

en su demanda ni siquiera dice cuál es la obligación base de la acción personal que intenta.

Concluye esta sección de su alegato referente a la improcedencia de las acciones diciendo: “Las sencillas reflexiones que se dejan apuntadas, demuestran, a mi entender, que las acciones deducidas no quedaron probadas.”⁴³

En adelante va a justificar las tres excepciones que opuso en la demanda, con la advertencia, de que el examen de éstas, sólo se justifica si las acciones que intentó el actor hubieran quedado justificadas.

a) *Excepción de dominio.* Afirma el abogado que Luis Bermejillo era dueño de la Hacienda de Pedernales. Para demostrarlo, procede a analizar los diferentes actos jurídicos que tuvieron lugar en relación con la hacienda, desde que Magaña y Cia. la compró a Vicente Rionda.

Dice que Magaña y Cia. adquirió la propiedad por el contrato de compra del 11 de marzo de 1854 (ver párrafo 3). Que luego Domingo Casado compró todos los créditos que había contra Magaña y Cia. (ver párrafos 4, 5 y 6), y de ese modo “quedó dueño de los créditos...”, porque, según las enseñanzas del Derecho Español, vigente cuando se extendió esa escritura, la cesión o venta de derechos transmite al cesionario los créditos cedidos, con todos sus accesorios, y con cuantas acciones y recursos sean necesarios para hacerlos efectivos...” La fuente que aduce en apoyo de esta doctrina es nuevamente la *Enciclopedia Española* (palabra “cesión convencional de acciones”). Respecto de los deudores que no concurrieron al acto en que se firmó la escritura de venta o cesión de créditos, operó una delegación o novación con cambio de deudor, que se perfeccionó cuando ellos la consintieron.⁴⁴

Hecha la cesión de créditos, continúa el planteamiento hecho por Agustín Rodríguez, Casado quedó como único acreedor, y Magaña y Cia. le dio en pago la Hacienda de Pedernales, con la condición de que pagara todos los créditos pendientes. La operación fue, en consecuencia, una dación en pago o *datio in solutum*, sujeta a condición suspensiva (la de pagar el pasivo), por más que en la escritura dijera terminantemente que era una “promesa solemne de venta” (ver párrafo 5). Argumenta que la naturaleza de los actos jurídicos no depende

⁴³ *Alegato*, p. 106.

⁴⁴ *Alegato*, pp. 107 y ss.

de la denominación que les den las partes, sino principalmente, dice citando a Carpentier (*Comentario al artículo 1134 del Código Francés*, núm. 74)⁴⁵ de "las estipulaciones de los contratantes y... la naturaleza de las cosas que constituyen su objeto".⁴⁶ Luego alega que es propio de la dación en pago la traslación del dominio de la cosa que se da al acreedor. En apoyo de esta doctrina cita el Código de Justiniano (ley cuarta, *de evict.*)⁴⁷ y a Pothier (*De la venta* núms. 601 y 604).⁴⁸ Concluye que el convenio daba a Casado la propiedad sobre la hacienda, con la condición de que pagara totalmente los pasivos de la misma.

Casado cedió sus derechos sobre la hacienda a Antonio del Moral. Éste, por consiguiente, recibió el derecho a la propiedad de la hacienda, sujeto a la condición de pagar el pasivo. Del Moral cumplió la condición, y obtuvo que los sucesores de Magaña y Cia. le extendieran un documento en el que reconocían que se había cumplido la condición (párrafo 9). Argumenta Rodríguez que este documento tiene fuerza probatoria, de acuerdo con las *Siete Partidas* ("leyes 114 y 119, tít. 18, part. 3a.") "y" el artículo 555 del *Código de Procedimientos Civiles*, que establecen que el documento privado reconocido hace prueba plena.⁴⁹

Como dos de las tres firmas de este documento no fueron reconocidas expresamente por sus autores en la diligencia judicial que promovió Del Moral (ver párrafo 9), analiza Agustín Rodríguez si esto puede ser objeción que invalide su fuerza probatoria. Dice, citando al jurista español Reus ("*Ley de enjuiciamiento civil*, edición de Madrid, pág. núm. 79"),⁵⁰ con la advertencia de que esta doctrina es aplicable en México "porque nuestro Código de Procedimientos Civiles está tomado, con una que otra excepción de la antigua ley española de enjuiciamiento civil",⁵¹ que el reconocimiento de un documento privado es un acto que equivale a la confesión, y por lo tanto sujeto a las

⁴⁵ CARPENTIER, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, Paris, Fuzier-Herman, 1886-1905, 36 vols.

⁴⁶ *Alegato*, p. 114.

⁴⁷ CJ 8, 44, 4.

⁴⁸ POTHIER, *Tratado del contrato de venta*, trad. por Manuel Deó, Barcelona, 1880, 2 vols.

⁴⁹ *Alegato*, p. 118.

⁵⁰ REUS, E., *Ley de Enjuiciamiento civil, de 3 de febrero de 1881*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1882.

⁵¹ *Alegato*, p. 119.

reglas que rigen ésta. Y la confesión —añade— puede ser, de acuerdo con Larombière (*Comentario al artículo 1355 del Código Napoleón*, núm. 7),⁵² expresa o tácita; esta última es la que "resulta —según el mismo autor— implícitamente de un hecho de ejecución o de pago", y según los "Autores de la Enciclopedia Española", "es la que se deduce de los hechos reconocidos ó supuestos asentados". En el caso, dice Rodríguez que los dos socios que no reconocieron expresamente sus firmas, sí las reconocieron tácitamente, y por lo tanto el documento quedó reconocido y con valor probatorio pleno.

Añade Agustín Rodríguez a esa argumentación,⁵³ otra doctrina del jurisconsulto Carlos Lesona (*Teoría general de la prueba en derecho civil*, núms. 218, 232, 233 y 240),⁵⁴ según la cual el documento privado tiene valor probatorio cuando es auténtico. En el caso, dice Rodríguez, siguiendo las opiniones del jurista, los firmantes que no reconocieron expresamente el documento, sí lo reconocieron implícitamente, pues no negaron formalmente que las firmas fueran suyas.

Después de argumentar que el documento que reconocía el cumplimiento de la condición tenía valor probatorio, por haber sido reconocidas las firmas expresa o tácitamente por sus autores, se propone la siguiente objeción:⁵⁵ el documento lo firmaron dos de los socios de la extinguida casa Magaña y Compañía, y la viuda del otro socio, de Vicente Magaña, ¿tenía ella personalidad jurídica para hacer el reconocimiento? Dice Rodríguez que la parte actora no puede desconocer que Guadalupe Garfias Vda. de Magaña era albacea y heredera de Vicente Magaña, porque la misma parte actora se presenta como sucesora de Guadalupe Garfias; si por un lado afirmara que la viuda era heredera de Magaña, y por lo tanto de sus derechos a la hacienda, y por otro negara que lo fuera, se estaría contradiciendo, y entonces —dice Agustín Rodríguez—, se aplicaría el aforismo latino: *sibi contrarius, audiendus non est* (el que se contradice no debe ser escuchado). Y aunque esta señora no fuera heredera, prosigue infatigablemente el abogado, el documento que reconoce haberse cumplido la

⁵² LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III y IV, livre III du Code Civil, articles 1101-1386*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel ed., 1885, 4 vols.

⁵³ *Alegato*, pp. 121 y ss.

⁵⁴ LESONA, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil o Exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil*, Tr. por Enrique Aguilera de Paz, Madrid, Hijos de Reus ed., 1904, 5 vols.

⁵⁵ *Alegato*, pp. 124 y ss.

condición tendría efecto, porque habría sido firmado por dos de los tres socios de la compañía, y "el voto de la mayoría de los socios, constituye ley para la sociedad", según lo enseña Troplong ("*Société* núm. 189")⁵⁶ y el artículo 2297 del *Código Civil de Michoacán*.

Y aunque el documento que reconoce cumplida la condición no tuviera fuerza probatoria, el hecho —argumenta Rodríguez— es que Casado y Del Moral cumplieron la condición al haber pagado todo el pasivo de la hacienda. Constan recibos de pagos expedidos por los acreedores, excepto de dos créditos, que se extinguieron por prescripción negativa al cabo de 20 años contados a partir de que fueran exigibles; uno prescribió el 31 de diciembre de 1876, y el otro el 12 de marzo de 1881. De aquí concluye que en aquel momento —si no tuviera valor el documento antes citado— quedó cumplida la condición, y el causahabiente de Magaña y Compañía en los derechos sobre la hacienda, que entonces era Del Moral, adquirió el dominio sobre la hacienda. Pero además, como es un principio de Derecho que "cumplida la condición, su efecto se retrograda al día en que el contrato se hizo", en el caso resulta que al cumplirse la condición, Del Moral se hizo propietario, como si lo hubiera sido desde el 11 de marzo de 1856, que fue la fecha en que se hizo el convenio de dación en pago. Como fuentes que documentan la existencia de ese principio jurídico cita (en Latín) el *Digesto* (20, 4, 11, 1. 50, 17, 144) y el "tomo 17" (núms. 79 y 80) de Laurent.⁵⁷

Estando demostrado que Del Moral adquirió el dominio de la hacienda, se justifica también —añade el abogado— que los sucesores de Del Moral pudieran legítimamente haber hecho con los sucesores de Pío Bermejillo y Cía. la transacción del 6 de mayo de 1899, por la cual los primeros cedían a estos últimos el dominio sobre la hacienda (ver párrafo 14). Los sucesores de Pío Bermejillo y Cía., como expresamente lo reconoce la parte actora, cedieron sus derechos sobre la finca a Luis Bermejillo, quien quedó como único dueño de ella.

Concluye el abogado su alegato en este punto, diciendo que "aunque los actores hubieran logrado justificar la acción de dominio y la plenaria de posesión, que intentaron en este juicio, esa acción ha quedado plenamente destruida, una vez que, según las demostraciones

⁵⁶ TROPLONG, *Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Meline Cans et Co., 1843.

⁵⁷ *Alegato*, pp. 131-133.

que preceden, ha quedado establecida la verdad, clara y luminosa, de la primera excepción opuesta por mi parte...", la de ser propietaria de la hacienda.⁵⁸

Si esa argumentación no fuera suficiente, entonces procedería alegar la segunda excepción.

b) *Excepción de prescripción*. Comienza el abogado afirmando contundentemente: "Todas las legislaciones del mundo han repetido, hasta con su misma frase, el pensamiento de Gayo, que se encuentra en la ley primera, título tercero, libro 41 del Digesto de Justiniano", y seguidamente cita en Latín el texto referido que dice que la adquisición de bienes por usucapión fue introducida por razón del bien público, y para dar seguridad en cuanto a la propiedad de las cosas. Luego cita la ley de las *Siete Partidas* que recoge el pensamiento de Gayo.⁵⁹

En México, tanto mientras regía el "antiguo derecho español", como después que fueron promulgados los códigos, el plazo de prescripción era de veinte años (*Nov. Recop.* 11, 8, 5; *Código Civil de Michoacán* artículo 1091). En el caso, los señores Casado y Del Moral poseyeron la hacienda, en tanto no se cumplía la condición, a nombre de Magaña y Cía. Cuando, por documento de 15 de mayo de 1871 (ver párrafo 9), se reconoce que la condición fue cumplida, la posesión se hace a nombre propio, con justo título y buena fe, por lo que la prescripción adquisitiva se consuma —concluye Rodríguez— el 15 de mayo de 1891. El justo título, que define —siguiendo a Gasparolo "tomo 3o., p. 139"— como "la causa justa o hábil para transmitir el dominio", era el convenio de dación en pago (ver párrafo 5); la buena fe, que define siguiendo al mismo autor ("tomo 3o., p. 148") como "un error excusable, ó en el concepto de que la cosa fue entregada por el dueño ó por quien tenía la facultad de enagenarla ó en la creencia de que, al retenerla, con título de dueño, ninguna injuria, ni ningún detrimento injusto se causa á otro", existió en el caso porque al quedar cumplida la condición, el poseedor podía pensar sin dolo que poseía como legítimo dueño, sin lesionar el derecho de Magaña y Cía. o sus sucesores.⁶⁰

c) *Excepción de pacto*. En caso de que todas las argumentaciones anteriores no fueran eficaces, alegaría Rodríguez al actor la excepción

⁵⁸ *Alegato*, p. 143.

⁵⁹ *Alegato*, p. 144.

⁶⁰ *Alegato*, pp. 146 y ss.

del pacto hecho en los convenios de 7 de abril de 1856 y 5 de julio de 1861 (ver párrafos 6 y 7). La acción reivindicatoria, dice, procede contra quien posee lesionando el derecho de propiedad del actor. En el caso, los poseedores de la hacienda la poseían por virtud de esos convenios, por lo que mientras esos convenios no desaparecieran, por nulidad o rescisión, la tenencia de la hacienda en manos del señor Casado y sus causahabientes era legítima. En apoyo de esta argumentación, cita una sentencia del tribunal español de casación, de fecha 9 de diciembre de 1864 (tomada de la *Colección de sentencias españolas*, tomo 10, p. 438).⁶¹

Termina Agustín Rodríguez su alegato, haciendo dos observaciones finales, independientes de toda la argumentación anterior. Una se refiere a que la parte actora, que se presenta como sucesores de Magaña y Cia., no procede adecuadamente, porque para ejercer la acción reivindicatoria sobre una cosa común, como es el caso, se requiere el consentimiento de todos los copropietarios, y la parte actora ha procedido sin tenerlo. En apoyo de esta doctrina cita dos sentencias españolas del tribunal de casación —tomadas de la colección arriba mencionada—, textos del "tomo 2o." (párrafo 221 y p. 407) de Aubry et Rau,⁶² y los artículos 3706 y 3707 del *Código Civil de Michoacán*. La otra es que opina que el actor ha procedido con temeridad por lo que pide se le condene en costas.⁶³

En las últimas páginas de sus *Alegatos* hace una síntesis de las argumentaciones expuestas, y explica que "la integridad, la inteligencia y la penetración del Señor Juez... hacían inútil una exposición tan prolija...", pero que era su "deber" presentarla, detallada y minuciosa. Concluye diciendo que su representado "se entrega confiado á la sabiduría y á la probidad del Señor Juez".⁶⁴

III. LA SENTENCIA

El juez 2o. de lo civil, licenciado Carlos García Jr. resolvió el 27 de agosto de 1910, conforme lo podía el abogado Agustín Rodríguez,

⁶¹ *Alegato*, pp. 149 y 150.

⁶² AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4a. ed., Paris, Imp. et Libr. Générale de Jurisprudence, 1869-1879, 8 vols.

⁶³ *Alegato*, pp. 154 y ss.

⁶⁴ *Alegato*, p. 163.

absolviendo al demandado y condenando al actor al pago de costas. Las razones de su decisión fueron básicamente las que Agustín Rodríguez había aducido en defensa de su cliente, que el actor no probó los fundamentos de sus acciones, por no probar ni su derecho de propiedad, ni que el demandado poseía lesionando ese derecho de propiedad.

El demandado apeló de la sentencia, ante la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Ante ese foro, Agustín Rodríguez presentó unos *Apuntes de Informe* que, como él mismo reconoce, "es casi una reproducción y, en su parte científica, una transcripción de mi alegato en primera instancia",⁶⁵ y que concluyen, de modo semejante a este último, haciendo un voto de confianza en "la sabiduría y rectitud de la Magistratura Mexicana". La Sala resolvió el 2 de agosto de 1912, confirmando la sentencia y dando sustancialmente las mismas razones que el juez de primera instancia.

No conformes con esta segunda sentencia, los actores recurrieron la sentencia por vía de casación, mediante escrito del 12 de octubre de 1912.⁶⁶ Después de varios incidentes en este proceso, se fija fecha para audiencia de alegatos el día 8 de diciembre de 1918. En esa ocasión, Agustín Rodríguez presenta un nuevo "informe", del que resultaron 186 páginas impresas.

Para el objeto de este trabajo, que es conocer el estilo o modo de litigar de Agustín Rodríguez, considerándolo como un abogado representativo de la cultura jurídica mexicana del siglo XIX, no hace falta ya entrar a detalles sobre el alegato que produjo en el recurso de casación. En general, cabe decir que sigue el mismo estilo, exhaustivo y con pretensiones científicas, que en su alegato de primera instancia. Lo inicia haciendo una exposición de los hechos, que es básicamente la que ofreció en su primer alegato, y luego analiza las "cuestiones legales" que suscita el recurso, que son tres: ¿está legalmente interpuesto el recurso de casación?, ¿es de casarse la sentencia recurrida?, y, en caso de que sea casada, ¿cuál debe ser la nueva sentencia? Analiza uno a uno los hechos violatorios que el actor aduce para justificar su solicitud de casación, y concluye que el recurso está ilegalmente interpuesto, que suponiendo que fuera bien interpuesto, la sentencia no debe casarse, y que suponiendo que la sentencia se casara, la nueva sentencia tendría que absolver al demandado.

⁶⁵ *Informe*, p. 122.

⁶⁶ *Casación*, p. 39.

Una peculiaridad de este documento es que las citas legales son mucho más abundantes que las de doctrina, a diferencia de lo que ocurre en el alegato de primera y segunda instancia. Esto se explica, por el objeto propio del recurso de casación que es la exacta aplicación de la ley. Pero tampoco cabe decir que su argumentación fuera exclusivamente "positivista", porque sigue dando referencia de autores, inclusive de romanistas, y de sentencias emitidas por los tribunales de casación de Francia y España.

IV. CONCLUSIONES

Los modos de proceder del abogado se corresponden con las costumbres de los tribunales. Los primeros alegan, argumentan y proceden conforme a lo que los jueces suelen admitir. No todo lo que los jueces aprueban está en los códigos de procedimientos; posiblemente ninguno diría que podrían citarse ejecutorias de tribunales españoles u obras de Derecho Romano como las que cita Agustín Rodríguez, pero el hecho es que los tribunales daban por buenas esas citas, y los abogados las hacían. Por esto, lo que pueda inferirse del análisis de estos alegatos acerca del modo de proceder del abogado postulante Agustín Rodríguez, posiblemente pueda ilustrar las costumbres de los jueces y tribunales de la época.

Hay tres características que saltan a la vista del estilo profesional de Agustín Rodríguez. Una es lo prolijo de sus argumentaciones. Otra, la importancia que concede a la doctrina como fuente de Derecho que los jueces deben respetar. Y la tercera, la consideración del Derecho como tradición histórica.

Es deber del abogado proporcionar al juez todos los argumentos posibles en favor de su cliente. Pero Agustín Rodríguez cumple esto con absoluta minuciosidad. Esto se advierte sólo con mirar la estructura de su defensa: primero niega, con abundante argumentación, el fundamento de todas y cada una de las acciones postuladas por el actor; luego, suponiendo que esa argumentación no fuera suficiente, opone tres excepciones, que justifica detalladamente; y por fin, independientemente de toda la argumentación anterior, hace una observación por la que demuestra que el actor, suponiendo que prueba sus acciones y que las excepciones opuestas por el demandado no resultan justificadas, ha procedido defectuosamente por lo que no tiene derecho

a la acción que pretende. Un esquema semejante se da en su *Informe* en el recurso de casación: primero argumenta que el recurso está mal interpuesto; luego, suponiendo que estuviera bien interpuesto, argumenta que no es de casarse la sentencia; y finalmente, suponiendo que el recurso fue bien interpuesto y la sentencia debió casarse, argumenta que la nueva sentencia debe absolver a su demandado.

Esta manera de proceder, a base de plantearse objeciones a los propios argumentos, también la desarrolló en cuestiones particulares. Así, cuando quiere demostrar que la condición de la dación en pago fue cumplida (argumentación que sólo operaría en caso de que el juez considerara fundada la demanda del actor), primero argumenta que los propios acreedores reconocieron en un documento el cumplimiento de la condición; luego responde a la objeción de que el documento, por ser de carácter privado, no tendría valor probatorio; a continuación responde a la objeción de que el documento no puede tenerse por reconocido porque no fueron expresamente reconocidas las firmas por dos de los tres firmantes; prosigue deshaciendo la objeción de que uno de los firmantes no tenía capacidad para hacer el reconocimiento, y finalmente concluye diciendo que aunque el documento no tuviera valor, podría demostrarse el cumplimiento de la condición demostrando, mediante recibos o vencimiento del plazo de prescripción de acciones, que todas las deudas se pagaron.

Es evidente que este modo de argumentar requiere tiempo del abogado y del juez; y es también evidente que este modo de argumentar requiere un manejo habitual y con cierta profundidad de la temática jurídica.

La otra característica que resalta es la importancia que concede a la doctrina jurídica. El abogado hace citas en Latín, de autores antiguos, de romanistas italianos y alemanes, de autores contemporáneos españoles y franceses. Es de notar que no cita ninguno de los autores mexicanos. Las citas doctrinales son mucho más abundantes que las citas de leyes y códigos. Esto demuestra una concepción del Derecho como una ciencia, y no como un conjunto de leyes. Por eso, se explica que Agustín Rodríguez hable de principios jurídicos, o definiciones tradicionales de instituciones jurídicas, que han sido recogidas por el legislador. La doctrina es vista como fuente de la ley, y por eso nada tiene de extraño que la misma doctrina sea la que explique, valore y ajuste al caso concreto la disposición legal.

Los jueces que aceptaron este tipo de argumentación preponderantemente doctrinal, que fundaron sus sentencias en opiniones de autores, demostraron tener la misma concepción de la jerarquía de las fuentes del Derecho, no obstante lo que dijera la legislación positiva. Fueron jueces que no se resignaron a ser meros aplicadores de la ley.

Se advierte también en el abogado Agustín Rodríguez una conciencia del Derecho como tradición histórica, que le permite decir que la ley mexicana debe interpretarse atendiendo a sus precedentes legales y doctrinarios españoles.

En síntesis, cabe decir que Agustín Rodríguez litiga partiendo de la concepción del Derecho como una ciencia tradicional. Esto le permite considerar su propio alegato como un trabajo en parte científico,⁶⁷ y confiar la solución justa del caso, no a la mera aplicación de la ley, sino a la "sabiduría y probidad" de los jueces.⁶⁸

⁶⁷ Informe, p. 122.

⁶⁸ Alegato, p. 16; Informe, p. 122; Casación, p. 186.

DE LA LIBERTAD Y CAPACIDAD DEL INDÍGENA *

Francisco DE ICAZA DUFOUR

El descubrimiento de América tuvo las más amplias repercusiones en la vida europea; la economía, la política, la navegación y muy especialmente la cultura, sufrieron el impacto de la hazaña colombina.

En el campo de las ideas tuvieron los europeos que enfrentarse a grandes e importantes problemas cuya solución debía encontrarse en la Filosofía, la Teología y el Derecho. Un inmenso territorio poblado por innumerables tribus, con los más diversos grados de civilización e infieles que cometían atroces pecados en contra de la naturaleza, consternó a los más conspicuos pensadores de la época al tener que responder a interrogantes tales como cuáles eran los derechos de aquellos hombres, si eran capaces para constituir verdaderas sociedades o si la salvación de Cristo había alcanzado también a aquellos seres.

Las respuestas para esas interrogantes fueron buscadas en las doctrinas de los antiguos filósofos de Grecia, en las opiniones de los padres de Iglesia, en las doctrinas de los canonistas, en los principios y las doctrinas del Derecho Común europeo y desde luego en las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino. Pero la solución de esas preguntas no era tarea fácil para un mundo que apenas salía de la Edad Media y desconocía las realidades del Nuevo Orbe y de sus habitantes. Con base en ese desconocimiento de la realidad americana, las soluciones que se dieron pueden parecer simplistas; así, Palacios Rubios redactó un requerimiento acorde con los principios que cualquier europeo de la época conocía cabalmente, pero que para los aborígenes americanos resultaba ininteligible; otros las fundamentaron en la potestad pontificia o en la imperial; y algunos más encontraron en la Providencia Divina el fundamento de los derechos de España para el dominio de las Indias. Las ideas hubieron de evolucionar de la mano de los des-

* Ponencia presentada al V Congreso de Historia del Derecho Mexicano, Ajijic, Jalisco, noviembre de 1990.

cubridores, conquistadores y colonizadores, que a través de sus relaciones proporcionaban noticia pormenorizada de la realidad indiana. Y no podía ser de otra forma, pues era imposible dar una solución definitiva sobre bases meramente de carácter especulativo.

Por absurdas y aberrantes que puedan parecer hoy en día las ideas de algunos de los que participaron en las discusiones acerca del dominio español sobre las Indias y los derechos de sus habitantes para oponerse a tal dominación, lo cierto es que "la actitud de los españoles, dice Zavala, ante el tratamiento de los indios y de los negros presenta, de una parte, limitaciones de época y de ambiente; y de otra, generosas y universales ideas de libertad humana que contribuyeron a mejorar el destino de hombres pertenecientes a culturas distintas a la española".¹

En el presente trabajo nos ocuparemos en exponer de manera sucinta algunos aspectos que fueron objeto de aquellas discusiones, tales como la calidad humana del individuo, la problemática de su libertad y la capacidad que en él reconocieron las leyes, durante los primeros años de la dominación española en América.

De acuerdo con las concepciones jurídicas, la idea de persona ha variado a través del tiempo, de las leyes y de las instituciones. En el lenguaje jurídico moderno, se llama personas a los seres capaces de derechos y obligaciones, o más brevemente, como enseñan Planiol y Ripert, "la persona es todo sujeto de Derecho".² Según los conceptos actuales las personas pueden ser físicas o morales, pero desde luego, la persona por antonomasia es el hombre, de aquí al identidad entre estos conceptos, al menos en el lenguaje común. Sin embargo, esta identidad conceptual no ha existido siempre; entre los romanos y hasta épocas recientes, existieron hombres a los que se les negaba la posibilidad de ser sujetos de derechos y obligaciones, eran considerados, pese a su calidad humana, como cosas; por ello Gayo decía que los hombres podían ser libres con capacidad o siervos sin ella.

La palabra castellana "persona" proviene de la latina *personare*, con la cual los romanos designaban la máscara usada por los actores, dando con ella amplitud a su voz y de aquí se utilizó para designar, en sentido figurado, el papel que cada individuo representaba en la

¹ ZAVALA, Silvio, *La defensa de los Derechos del Hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII)*, 2a. edición, México, 1982, p. 49.

² PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil*, traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, Habana, Cuba.

sociedad;³ así, se hablaba de la persona del *pater familias*, la persona del esposo, la persona del tutor, etcétera.

No fue sino hasta tiempos del emperador Teodosio II cuando la palabra persona empieza a utilizarse como un tecnicismo jurídico, para diferenciar al libre del esclavo carente de derechos. Todavía en el siglo XIX, Escriche en su famoso *Diccionario* decía que no son lo mismo persona que hombre, pues el primer concepto es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos deberes y derechos; en tanto que el segundo, es el ser humano considerado sin tomar en cuenta los derechos que la Ley le garantiza o le niega.

En el Derecho moderno se reconoce en toda persona aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, la cual se adquiere por el hecho del nacimiento y se pierde tan sólo por la muerte,⁴ aunque también es cierto que desde los romanos hasta nuestro Derecho vigente, la ley protege al ser humano desde el momento de su concepción.

En la legislación medieval castellana, no fueron conocidos los conceptos de persona y capacidad tal como hoy los entendemos. Las Siete Partidas, siguiendo los viejos conceptos romanos, imponían como requisito esencial para el disfrute de la capacidad, la libertad, la cual definían como el "poderío que ha todo ome naturalmente de fazer lo que quisiere, solo que por fuerza o derecho de ley o fuero, non gelo embarque".⁵ Con sentido contrario, quien carecía de libertad no podía hacer lo que quisiera y en términos modernos diríamos que carecía de capacidad.

Por influencia de la Iglesia católica, que reconoce la igualdad de los hombres por su origen y fin último, las legislaciones europeas en forma paulatina fueron borrando las normas esclavistas y en la Baja Edad Media, con la prohibición de esclavizar a los prisioneros cristianos, la esclavitud quedó reducida tan sólo para los infieles, todo ello pese a las doctrinas tomistas que reconocían en los infieles derechos emanados del Derecho Natural, entre los cuales se encontraba la libertad. De esta manera, hacia fines de la Edad Media, los conceptos de capacidad, libertad y confesión cristiana se hicieron equivalentes.⁶ En otras

³ PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, 1959, p. 75.

⁴ Artículo 22 del *Código Civil del Distrito Federal*.

⁵ *Siete Partidas*, IV, 22, 1.

⁶ GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982, p. 50.

palabras, sólo los hombres libres y cristianos podían ser sujetos de derechos y obligaciones.

Por largo tiempo los teólogos y juristas cristianos se ocuparon de los infieles tan sólo en términos abstractos, pues no conocían otros más que a los mahometanos, con quienes la cristiandad y en especial España guardaba una particular situación de guerra. Durante la Baja Edad Media, algunos comerciantes efectuaron viajes hasta el lejano Oriente, en donde establecieron relaciones con infieles que supuestamente mostraron interés por conocer los principios de la religión católica, motivo por el cual les llamaron "amigos del nombre de Cristo", a diferencia de los mahometanos que eran "enemigos del nombre de Cristo". En el siglo XV, los europeos establecieron un mayor contacto con los infieles, a consecuencia de las expediciones portuguesas en África y las castellananas en las islas Canarias, pero la situación de los infieles empeoró, pues los portugueses identificaron a los negros africanos con los seguidores de Mahoma.

Tanto los teólogos como los canonistas y los juristas, reconocieron en los infieles su naturaleza humana y asimismo la existencia de una ley natural a la que estaban sujetos todos los hombres, pero sus conclusiones variaron según el concepto que cada uno de ellos tenía sobre la ley natural. Quienes identificaron la ley natural con la ley cristiana, concluyeron que los infieles por sus pecados estaban privados de los derechos emanados de la ley natural, como era la libertad, la propiedad, etcétera. Y así, Egidio Romano decía que quienes no reconocen a Dios, no pueden en justicia poseer lo que Dios da. En cambio, Santo Tomás de Aquino y sus seguidores, distinguieron entre la ley natural, común a todos los hombres por el hecho de serlo, y ley divina, sobrenatural o de la gracia, perfeccionadora de la ley natural, que concede al cristiano gracias especiales para llegar a Dios. Reconocieron también que los infieles, por el simple hecho de ser hombres sujetos a la ley natural gozan de todos los derechos emanados de ella y no los pierden por sus pecados en contra de la ley cristiana. En consecuencia, sus derechos a la libertad, a la propiedad, etcétera, deben ser respetados por los cristianos.

Durante la Edad Media, en el campo de los hechos, se reconocía como plenamente válido el que cualquier príncipe cristiano sometiera a los infieles, apoderándose de sus personas, de sus bienes y de sus territorios, con tan sólo manifestar el ánimo de convertirlos al catolicismo. Bajo el orden de ideas descrito es como Colón llevó a cabo el

descubrimiento de América; por ello, cuando desembarcó en San Salvador aquel 12 de octubre de 1492, levantó una gran cruz de madera y trató de enseñar a los indios infieles algunas oraciones, pues con ello hacía patente el ánimo misional de su expedición y los Reyes de Castilla, conforme al pensamiento europeo, adquirirían un título de dominio sobre esos territorios. Si las tierras americanas hubieran estado deshabitadas, es obvio que no habría existido dificultad alguna para los españoles, pero la existencia de hombres infieles ocupando esos territorios plantearon problemas de diversa naturaleza, en cuya solución intervinieron los más distinguidos juristas y teólogos de la época. Para efectos del tema que tratamos, nos ocuparemos tan sólo de dos de ellos, en primer lugar de la condición humana del indio y en segundo del problema de su libertad y capacidad.

En relación con el primero de los problemas mencionados, muchos autores sostienen que los españoles negaron o al menos dudaron de la naturaleza humana del indio y fue necesaria la expedición de la bula *Sublimis Deus* por el Papa Paulo III, en 1537, para poner fin a tales especulaciones y declarar en definitiva la condición humana del indio americano. Ciertamente los vicios y pecados de los indios, como los sacrificios humanos, la antropofagia, desnudez, sodomías, impresionaron profundamente el ánimo de algunos españoles como fray Tomás Ortiz,⁷ que se refirió a los indios llamándoles "asnos abobados, alocados e insensatos"; y otros más les llamaron brutos y bestias, pero aclara Solórzano Pereyra, siguiendo entre otros a San Agustín y Bártolo, que existen grupos de hombres en estado silvestre, sin ley, policía, costumbres y sin pueblos, por lo cual deben ser contados entre las bestias y de aquí, señala el distinguido jurista. "... ha dimanado la costumbre de llamar bestias a todos los hombres rudos, incultos y bárbaros...".⁸ De tal manera, siguiendo la opinión de Solórzano, las palabras utilizadas por algunos autores, deben ser consideradas como despectivas, pero no negadoras de la naturaleza humana del indio. En este mismo sentido, Vitoria en sus Relecciones decía: "El que parezcan tan idiotas débese en su mayor parte a la mala educación, ni más ni menos que entre nosotros hay muchos rústicos que poco se diferencian de las bestias". Y más tarde el cronista Gómara en la dedicatoria

⁷ ZAVALA, Silvio, *Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América*, 2a. edición, México, 1971, p. 47.

⁸ SOLÓRZANO Y PEREYRA Juan de, *Política Indiana*, edición facsimilar de la de 1776, México, D. F., 1979, libro II, cap. XXV.

de su obra al Emperador afirmaba: "Los hombres son como nosotros, fuera del color, que de otra manera bestias y monstruos serían y no vendrían, como vienen, de Adán". De igual forma podemos recordar diversos hechos que confirman el reconocimiento de la condición humana del indio, que tuvieron los españoles desde los primeros momentos de su encuentro; así, Colón no dudó en enseñar a los indígenas de San Salvador algunas oraciones; y más tarde en su tercer viaje, el almirante se ufana de haber ganado muchas almas para Cristo. Y en la famosa bula *Inter Caetera* de Alejandro VI, fechada en mayo de 1493, decía el Papa: "... estas mismas gentes que viven en las susodichas islas y tierra firme, creen que hay un Dios, creador de los cielos y que aparecen asaz aptos para recibir la fé católica y ser enseñados en las buenas costumbres..."⁹ Por otra parte, los españoles jamás mostraron reparo para unirse con las indias y las leyes reconocieron desde principios del siglo XVI la legitimidad de los matrimonios celebrados entre ellos; los clérigos, seguros de la naturaleza humana de los indios, los bautizaban por cientos y por miles, rociando agua con un hisopo sobre la masa de neófitos, según lo narran Motolinía y Mendieta; y por último, si los indios hubiesen sido considerados animales, los españoles no hubieran jamás dudado de su derecho para apoderarse los territorios de Indias. Sin embargo, muchos europeos, faltos de conocimientos etnológicos y ante la resistencia de los indios para vivir con los españoles, para asimilar sus costumbres y entender la religión, pusieron en duda no la naturaleza humana sino la capacidad intelectual del indígena. Y esto precisamente dio motivo para que el ilustre primer obispo de Tlaxcala, fray Julián Garcés, dirigiera una carta al pontífice Paulo III delatando los abusos de los europeos sobre los indios y su malicioso proceder: "Habrá que hablar ahora contra aquellos que, según de cierto sabemos, juzgan mal a los indígenas, refutando la vanísima opinión de quienes los acusan e inculpan de incapaces... ciertamente voz satánica es esta... e irrumpe en gargantas de cristianos avarisimos, cuya codicia es tanta que, ... pretenden que criaturas racionales, hechos a imagen de Dios, son bestias y jumentos..."¹⁰ La carta del obispo y los buenos oficios del fray Bernardino de Minaya ante Paulo III, produjeron en el ánimo del Romano

⁹ MORALES PADRÓN, Francisco, *Teoría y Leyes de la Conquista*, Madrid, 1979, p. 169.

¹⁰ LÓPEZ DE LARA, Guillermo, *Ideas Tempranas de la Polémica Social en Indias*, México, 1977, p. 339.

Pontífice el deseo de proteger los derechos del indígena americano. Con este objeto, el Papa expidió el 29 de mayo de 1537 el breve *Pastorale Officium*, dirigido al arzobispo de Toledo, don Juan Pardo de Tavera, en el que dice "... Así, nos consideramos que los mismos indios, aunque se encuentren fuera del gremio de la Iglesia, no están, sin embargo, privados ni se les debe privar de su libertad o del dominio de sus cosas. Supuesto que son hombres, y por tanto capaces para la fé y la salvación..."¹¹

Con el anterior documento, Paulo III deseaba asegurar el cumplimiento de la bula que expidió el 2 de junio de 1537, conocida con el nombre de *Veritas Ipse*, por ser estas las palabras iniciales de su parte dispositiva, o de manera más común conocida con el de *Sublimis Deus*, que son sus palabras iniciales. En este documento el Papa ordena: "... Considerando que esos indios, como verdaderos hombres, no solamente son capaces de la fe cristiana... Con autoridad apostólica y mediante las presentes letras decidimos y declaramos, no obstante cualquier cosa anterior o que en contrario sea, que los dichos indios... aunque se encuentren fuera de la religión de Cristo, no por ello están privados ni deben ser desposeídos de su libertad ni del dominio de sus cosas..."¹²

Fue Cornelio de Paw¹³ en 1768 uno de los primeros en interpretar la bula *Sublimis Deus*, en el sentido de que al considerarse al indio americano como "... sátiro o monos grandes que podían matarse sin remordimiento o represión... un Papa hizo una bula original, en la cual declaró que deseando fundar obispados en las provincias más ricas de América, le agradó a él y al Espíritu Santo reconocer por verdaderos hombres en los hechos y documentos citados..." En su *Historia Antigua de México*,¹⁴ Clavijero tacha a de Paw como indecente y enemigo de la verdad y sus escritos como "una temeraria calumnia de un enemigo de la Iglesia Romana", pues considera que la intención del Pontífice, digna de alabanza por su celo y humanidad, había sido "... sostener los derechos naturales de los americanos contra las tentativas de sus perseguidores y para condenar la injusticia e inhumanidad de los que con pretexto de ser aquellos hombres idólatras e inca-

¹¹ *Idem*, p. 234.

¹² CUEVAS, Mariano, *Historia de la Iglesia en México*, México, 1921, tomo I, p. 232.

¹³ Citado por ZAVALA en *La defensa*, cit., p. 51.

¹⁴ CLAVIJERO, Francisco Javier, *Historia Antigua de México*, Puebla, 1985, tomo II, pp. 332 y ss.

paces de instrucción, les quitaban las propiedades y la libertad y se servían de ellos como bestias..." Y en un hermoso párrafo de sus *Disertaciones*, con un manifiesto espíritu nacionalista dice: "...protesto a Paw y a toda la Europa, que las almas de los mexicanos en nada son inferiores a las de los europeos..." Si bien es cierto que por su importancia la bula *Sublimis Deus* puede considerarse como el acta de libertad del indígena, también lo es que en cuanto a su contenido no entraña novedad ideológica alguna, pues no hace más que confirmar por la autoridad pontificia las ideas expuestas con anterioridad por el cardenal Cayetano, John Maior, Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria, fray Julián Garcés y muchos más, que basados en la filosofía tomista defendieron la condición humana y la libertad del indio y los infieles en general.

Antes de abordar el segundo problema planteado, relativo a la libertad y capacidad del indio, recordemos que al ser descubierta América, los términos de capacidad, libertad y confesión católica eran sinónimos en el Derecho Castellano, por una parte; y por otra, la condición jurídica de los infieles no se encontraba definida con claridad, pues la corriente imperante entre teólogos y juristas se fundaba en las ideas aristotélicas de los siervos de natura, en las concepciones de la patrística sobre la ley natural y las consideraciones jurídicas basadas en la legislación romano canónica. Dentro de esta corriente ideológica encontramos, entre otros, a Juan López de Palacios Rubio, John Maior, fray Tomás Durán, fray Bernardo de Mesa, Gregorio López y Ginés de Sepúlveda, el gran contradictor del padre Las Casas que, como sabemos, afirmó en su *Demócrates alter*, la barbarie de los indios, y en consecuencia, su deber de someterse a los españoles, por su condición de siervos de natura e incapacidad para la vida política.

Con el paso del tiempo, la corriente tomista se empeñó en abrirse camino entre los pensadores, la voz del padre Montesinos condenaba a los encomenderos por el mal trato de los indios; el inquieto fray Bartolomé de las Casas cruzaba varias veces el Atlántico y escribía obras en defensa de los aborígenes americanos y Francisco de Vitoria, en su cátedra de la Universidad de Salamanca, proclamaba la libertad del indio y a la luz de los principios del *Jus Gentium* analizaba los derechos, tanto de los europeos como de los infieles.

Al encontrarse Colón con los indígenas americanos, ya hemos dicho que reconoció su naturaleza humana, pero también lo hizo con su libertad, pues al pensar que había llegado al lejano Cipango, cuyos habi-

tantes súbditos del Gran Kahn, eran infieles "amantes del nombre de Cristo", lejos de esclavizarlos el almirante procuró su conversión inmediata al cristianismo, lo cual también le proporcionaba un título de dominio sobre aquellas tierras. Aunque también es cierto el hecho que después esclavizó a muchos de ellos, pues al no encontrar las riquezas que suponía, pensó obtener provecho de la venta de esclavos; y a la luz de la doctrina de la guerra justa se apoderó de muchos indígenas que llevó a España para su venta y obtuvo el 12 de abril de 1495 una Real Cédula que le autorizaba para ello, pero el día siguiente la Reina dictó otra, suspendiendo la anterior, "porque nos querriamos informarnos de letrados, teólogos y canonistas si con buena conciencia se pueden vender". Al partir como gobernador Ovando a la Española, se le ordenó que procurase que todos los indios de aquella isla fuesen "libres de servidumbre", con ello se inicia una política antiesclavista por parte de la Corona, que en el año 1500 prohibió esclavizar a los nativos, con excepción de los caribes canibales y los tomados en guerra justa.

Las constantes rebeliones de los indígenas y las supuestas guerras justas emprendidas en su contra, dieron lugar a graves abusos por parte de los españoles para obtener esclavos al menor pretexto de hostilidad. De esta forma, bajo el gobierno de Nuño de Guzmán, el Pánuco se convirtió en un importante centro de captura de esclavos. Estas y otras circunstancias fueron aclaradas el 9 de noviembre de 1526 por Carlos I en una Real Cédula, en la que ordenaba "...por cuanto a todas las licencias y declaraciones hasta hoy hechas... las revocamos y suspendemos en lo que toca a cautivar y hacer esclavos a los indios en guerra, aunque sea justa, y hayan dado causa a ella..."

El siguiente paso importante en la lucha por la libertad del indígena, lo constituye la ya citada bula de Paulo III, en la cual se prohibía "sometérseles a los indígenas, en ningún caso, a la calidad de esclavos", y castigaba a quien esto violara con las más severas penas canónicas. Este pronunciamiento papal, considerado por Hauke¹⁵ como "el más importante del siglo", motivó desagrado en el ánimo del Emperador, que movido por los alzamientos indígenas y la problemática de orden económico que se planteaba en Indias, había suspendido desde 1534 las prohibiciones de esclavizar indios conforme a la citada Real Cédula de 1526, reiterada en 1530. Por su parte fray Bartolomé de

¹⁵ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, edición facsimilar de la primera de Julián de Paredes, México, 1987.

las Casas ya se había ocupado en traducir la bula y hacerla circular en todas las Indias.

Merced a las presiones de los juristas y teólogos, la política antiesclavista logró triunfar en las famosas Leyes Nuevas, expedidas por Carlos V en 1542, en las que dispuso "...por ninguna causa de guerra, ni de otra alguna, aunque sea solo título de rebelión, ni por rescate no otra manera, se pueda hacer esclavo indio alguno..." Para poner fin a las diversas interpretaciones dadas a estas leyes, el 20 de febrero de 1548, el Rey ordenó la inmediata libertad de todos los cautivados cuando eran menores de 14 años. De los mayores de edad, sus dueños debían demostrar que habían sido cautivos en guerra justa y en condiciones legales. La consecuencia de ello fue que ante la imposibilidad de probar tales circunstancias, muchos dueños se vieron obligados a manumitir a sus esclavos.

Reconocido el indio como hombre y vasallo libre de la Corona de Castilla, lo cierto fue que su atraso cultural y su falta de civilización, le ponían en enorme desventaja frente al peninsular, ávido de riquezas y sin escrúpulos. Por ello se hizo necesario dotarlo de una protección especial que lo pusiera a salvo de los abusos y la Ley XVIII del Título VI Libro I de la Recopilación pone de manifiesto la preocupación de los Reyes ante esas injusticias diciendo: "...Los indios son personas miserables y de tan débil natural que fácilmente se hallan molestados y oprimidos y es nuestra voluntad que no padezcan vejaciones..."¹⁶

Isabel la Católica en su famoso codicilo, después de reconocer la obligación de evangelizar a los indios, impuesta a España por Alejandro VI en la bula *Inter Caetera*, recomendó a su esposo el Rey Fernando y a su hija Juana poner especial diligencia para adoctrinar y enseñar a los indios buenas costumbres "...y no consientan o den lugar a que los indios reciban agravio alguno en sus personas y bienes..." Esta cláusula fue incluida en el Cedulaario de Puga,¹⁷ y obedecida como ley por los sucesores de la Reina. Doscientos años más tarde, el Rey Felipe IV, informado de la privación de libertad y los malos tratamientos de que eran víctimas los indios de los obrajes de paños, escribió de su mano una Real Cédula, recogida también en la Recopilación,¹⁸ ordenando: "...Quiero que me deis satisfacción a mí

y al mundo del modo de tratar a esos mis vasallos y de no hacerlo con que en respuesta de esta carta veo yo ejecutados ejemplares castigos en los que hubieren excedido en esta parte, me daré por descervido, y aseguraos que aunque no lo remediéis lo tengo que remediar, y mandaros hacer gran cargo de las mas leves omisiones en esto, por ser contra Dios y contra mí, y en total ruina y destrucción de estos Reinos, cuyos naturales estimo y quiero que sean tratados como lo merecen vasallos que tanto sirven a la monarquía y tanto la han engrandecido e ilustrado..."

Para brindar una protección efectiva a los indios en contra de los abusos de los españoles se les dio una tutela especial, contemplada por la legislación de Castilla para los rústicos y miserables, según enseña Solórzano, "Miserables personas se refutan y llaman a todas aquellas de quien naturalmente nos compadecemos por su estado, calidad y trabajos... aun cuando no concurren en los indios estas causas, para ser contados entre los miserables, les bastará ser recién convertidos a la fé..."¹⁹ La condición de rústico o miserable, lejos de ser despectiva o infamante, ponía al individuo bajo la especial tutela del rey y de sus representantes, otorgándole importantes privilegios, como la *restitutio in integrum*, pues en ellos no se presumía dolo ni engaño; estaban libres de tutelas y otras cargas similares; sus pleitos debían resolverse en forma breve y sumaria, sin atender las escrupulosas fórmulas del Derecho; podían alegar en contra de documentos presentados por ellos mismos y en contra de las confesiones de sus abogados; no se presentaría en su contra contumacia judicial; sus casos eran de Corte, como los de las viudas y pupilos; estaban libres de penas por no hacer inventarios; y otros muchos más que resultaría prolijo enumerar. Vitoria consideraba que la tutela del civilizado sobre el bárbaro era semejante a la que se daba sobre los idiotas y los menores, fundada en la caridad, no para negocio del tutor, sino para el bien del pupilo.

El privilegio otorgado a los indígenas, fue explicado por Felipe IV en una Real Cédula que decía: "Por lo que queríamos favorecer y hacer bien a los indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucho cualquier daño, o mal que se les haga... Por lo cual encargamos, y mandamos a los del nuestro Consejo de las Indias y que con particular afición, y cuidados procuren siempre, y provean lo que convengan

¹⁹ SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, *op. cit.*, libro II, cap. XXVIII.

¹⁶ Recopilación, cit., libro I, título VI, ley XVIII.

¹⁷ PUGA, Vasco de, *Cedulaario de la Nueva España*, México, 1985, p. 5.

¹⁸ Recopilación, 6.10.23.

para la conversión, y el buen tratamiento de los indios, de manera que en sus personas, y haciendas no se les haya mal tratamiento, ni daño alguno, antes en todo sean tratados, mirados y favorecidos como vasallos nuestros. . . , para que con esto los dichos indios entiendan la merced que les deseamos hacer, y conozcan por bien suyo, y para sacarlos de la tyranía, y servidumbre en que antiguamente vivían". En un primer momento, el problema fundamental de la colonización española en Indias fue la coexistencia de dos razas, e inmediatamente después la mezcla de éstas, o sea, el mestizaje. Mestizos, mulatos y zambos componían una población heterogénea desde un punto de vista étnico, pero que tenía la misma condición social. El vocabulario corriente de la época designaba a estas mezclas raciales, con el nombre de castas, entre las cuales algunas veces se incluía a los negros. De estas castas o mezclas raciales se ocupa en diversos capítulos la Recopilación de Indias, para imponerles importantes limitaciones a su capacidad; por ejemplo, no podían tener puestos en los cabildos, no podían ejercer el oficio de escribano, ni ser protectores de indios. Solórzano Pereyra comenta estas limitaciones y señala que en su mayoría estas castas estaban integradas por hombres nacidos fuera de matrimonio, pero en relación con los mestizos, señala el autor citado: "... es la mejor mezcla, que hay en Indias, y son los hijos de los españoles e indias; también lo serán si un indio se casase con una española.²⁰ De tal forma, si el mestizo era hijo de legítimo matrimonio, no se le aplicaban las limitantes contenidas en las Leyes. No sucedía lo mismo con las otras mezclas, provenientes de los negros, como eran los mulatos, cimarrones, zambaigos, etcétera, que tenían limitada su capacidad, a pesar de que fueran hijos legítimos. La población negra fue introducida a las Indias, con objeto de substituir al indio en las faenas más pesadas. El comercio de seres humanos, fue practicado principalmente por los portugueses, ingleses y franceses, que organizaban expediciones de salteo o razias en las costas africanas y traían su mercancía a los mercados americanos. Jurídicamente, desde los romanos, el esclavo fue considerado como una cosa y como tal podía ser objeto de todo género de contratos, podía disponerse de ellos por actos entre vivos o *mortis causa*. Obviamente, al ser considerado como cosa, el esclavo no podía ser sujeto de derechos u obligaciones. Por influencia del cristianismo, la condición del esclavo fue mejorando paulatinamente, hasta su abolición en el siglo XIX.

²⁰ SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, *op. cit.*, libro II, cap. XXX.

USO ALTERNATIVO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS: DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO INSURGENTE

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción. I. Los derechos humanos como uso alternativo del Derecho. II. Un centro de derechos humanos con base popular. II.1 Con el Derecho topamos. II.2 Un centro de derechos humanos distinto. II.3 Uso alternativo del Derecho y uso pedagógico del derecho subjetivo. III. Alternatividad del discurso jurídico de los derechos humanos.*

INTRODUCCIÓN

Nuestra investigación parte de la hipótesis que la Sociología del Derecho Militante en América Latina, está constituida por una teorización de las relaciones sociales y de las conductas en relación con la normatividad jurídica desde la perspectiva de un urgente cambio social y en la búsqueda de la mejor satisfacción de las necesidades y respeto de los derechos del hombre.

Dicho en otras palabras, gran parte de la sociología jurídica latinoamericana lleva a cabo su trabajo de manera intencionada —explícita o implícita esa intención— desde la óptica de búsqueda de estrategias que hagan posible la vigencia real de los derechos del hombre.

Por otro lado, al establecer los fundamentos filosóficos de nuestro quehacer sociológico, hemos establecido como analogado principal del Derecho los derechos subjetivos, llevándonos esto a afirmar que el Derecho es una realidad cuya esencia radica en el hombre mismo, como un ser individual y social. Y así sostenemos que el orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos, que no son sólo las libertades clásicas que por ellos se ha entendido, sino que implican una concepción integral del hombre.

Habiendo establecido lo anterior, distinguimos dos niveles de comprensión del Derecho: el filosófico y el sociológico. En este orden de ideas, sostenemos que la fórmula *uso del Derecho* está referida fundamentalmente al derecho objetivo —ley o conjunto de normas— y que lo relativo a la instrumentación del Derecho lo es desde la perspectiva sociológica. Expresado de otro modo, podemos hablar de *usar* la juridicidad sólo desde el punto de vista sociológico, porque filosóficamente no partimos de un concepto relativista del Derecho y fundamentalmente lo que se puede *usar* es la normatividad que, a final de cuentas, es instrumental.

Pues bien, en las líneas siguientes diremos algunas palabras del *uso de los derechos subjetivos*, pero, consecuentes con nuestra filosofía, ese uso no lo es como una instrumentalización del hombre, raíz de todo derecho (analogado principal), sino como el uso del concepto de *derechos humanos* en el sentido de una *idea-fuerza* alternativa al discurso político y jurídico dominantes y como material pedagógico de los grupos populares que buscan una juridicidad alternativa; inscrito este uso de los derechos humanos en una estrategia global que propone a los propios derechos humanos "como fundamento ético para otro paradigma político-cultural".¹

I. LOS DERECHOS HUMANOS COMO USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Una de las coyunturas que atraviesan actualmente a la sociedad mexicana es todo lo concerniente a los derechos humanos. No queremos decir con esto que los derechos humanos sean coyunturales, pues se trata de una cuestión fundamental. Lo que queremos poner de relieve es la enorme importancia que ha cobrado todo aquello que tiene que ver con los derechos del hombre.

Los derechos del ser humano se han constituido en una preocupación grande de la sociedad civil y del Estado, y aparecen como un tópico permanente del debate nacional.

En un estudio elaborado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C., se afirma con razón:

¹ SALVAT B., Pablo, "Una ética política para un nuevo orden cultural", en *Mensaje* núm. 414, Santiago de Chile, noviembre de 1992, p. 525.

Diversos factores de orden económico, político y social han contribuido a modificar y enriquecer el concepto y la práctica que sobre derechos humanos han tenido tanto el Estado como la Sociedad Civil en México. Entre 1976 y 1990... los derechos humanos se convirtieron en terreno cada vez más estratégico de la lucha social. Tanto el Estado como la sociedad civil han desarrollado todo un esfuerzo por dotar al término de un significado específico y predominante, así como por servirse de él para llevar adelante sus intereses específicos.

Una de las batallas más fuertes se ha dado en torno a la amplitud del concepto de derechos humanos. Mientras que por parte del Estado persiste la postura práctica de que por derechos humanos ha de entenderse la no violación de algunos derechos civiles y políticos de los ciudadanos —especialmente aquellos que se inscriben en el ámbito de competencia de las instancias estatales responsables de la seguridad pública y de la administración de justicia, como son el derecho a la libertad, a no ser sometido a tortura o tratos crueles, a no ser arbitrariamente detenido, a circular libremente, a no sufrir injerencias en la vida privada, etcétera; por parte de la sociedad civil se ha sostenido que derechos humanos quiere decir plena vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de los ciudadanos y de los grupos sociales.²

Queremos resaltar la afirmación en el sentido de que los derechos humanos se han convertido en terreno estratégico de lucha social. Es aquí donde radica el uso alternativo del Derecho como uso alternativo de los derechos humanos. Los derechos humanos son Derecho, constituyen incluso, como derecho subjetivo, el analogado principal del Derecho; así que toda la carga de juridicidad de los derechos humanos constituye una arma de lucha precisamente por su vigencia, que se traduce en una búsqueda de vida digna para los miembros de la sociedad.

Hoy día la mayoría de los mexicanos sabe que en su país se violan sistemáticamente los derechos humanos. Y cada vez más de ellos se suman a la organización y a la movilización que pretenden defenderlos. Todo ello ha derivado de un hecho novedoso:

² "Los Derechos Humanos: Nuevo Campo de la Lucha Social en México", trabajo colectivo auspiciado y publicado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A. C., México, sin fecha de publicación, p. 7.

los derechos humanos son hoy un campo estratégico de la lucha social. La sociedad civil, convocada por la defensa y promoción de los derechos humanos, está siendo capaz de actuar protagónicamente en los asuntos de la cosa pública; y lo está haciendo con fuerza, pues consigue procesos de alianza y unidad intersectoriales y pluralistas que antes no se daban.³

En esta lucha social por los derechos humanos es también muy importante resaltar la confrontación respecto del alcance en la concepción misma de derechos humanos. Para el Estado y los sectores dominantes de la sociedad, los derechos humanos son sólo las libertades clásicas que solamente abarcan ciertos derechos civiles y políticos. En cambio, para los grupos sociales que luchan por la vigencia plena de los derechos humanos, éstos tienen un alcance, mucho mayor pues por derechos humanos se entiende además todos aquellos que implican una mejora sustancial en la calidad de la vida, y que son derechos sociales, económicos y culturales.

Ahora bien, esa lucha por los derechos humanos, concebidos éstos de manera integral, tiene su base no sólo antropológica y social, sino también en el propio derecho objetivo, pues nuestra legislación tiene un amplio catálogo de derechos humanos reconocidos, los cuales no son sólo las libertades clásicas, sino también los derechos sociales, económicos y culturales.⁴

Esta concepción integral de los derechos humanos, que rebasa con mucho el limitado concepto que en la práctica tratan de sostener el Estado y los sectores dominantes de la sociedad, no sólo ha aparecido en México, sino en muchos otros lugares. Por ejemplo, con relación a Brasil, Miguel Pressburger nos describe el fenómeno diciendo que los movimientos sociales han descubierto

que sobre el título *Derechos Humanos* se cobija un elenco infinitamente mayor de derechos y necesidades de aquellos que impulsaban las prácticas de los juristas durante la dictadura militar. Tan fundamental, por ejemplo, es el derecho a un juicio ante un tribunal competente, como es el derecho a una habitación digna, al salario justo, a la alimentación, a la salud, a la educación,

³ *Idem supra*, p. 50.

⁴ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Derechos Humanos y Derecho Constitucional Mexicano", en *Revista Jurídica* núm. 3, Ed. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, septiembre de 1992, pp. 17-27.

etcétera, derechos éstos sustraídos a más del 70 por ciento de la población, cuya miseria contrasta violentamente con la abundancia de las riquezas generadas y por pocos apropiadas.⁵

El propio Pressburger, después de distinguir entre *derechos humanos negativos* —aquellos que prohíben al Estado determinadas prácticas— y *derechos humanos positivos* —aquellos que requieren la acción del Estado para su implementación y ejecución—, señala la lucha social que también se da en Brasil por la vigencia plena de los derechos humanos, ya que "adquieren una nueva connotación y se incorporan, de forma militante, al elenco programático de las entidades de apoyo y de los movimientos sociales".⁶

Existe, pues, en las sociedades latinoamericanas un uso político estratégico de los derechos humanos, un uso alternativo de la jurisdicción subjetiva, como alteridad, como lo otro, con relación a los proyectos del Estado y al uso mismo que hace de lo relativo a los derechos humanos.

II. UN CENTRO DE DERECHOS HUMANOS CON BASE POPULAR

La labor de asesoría y educación jurídica popular llevada a cabo por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, A.C. (CEJYS) con Comunidades Eclesiales de Base del Estado de Guanajuato, dio lugar a la formación de una "Comisión Jurídica" que, en el seno de las propias comunidades, ha ayudado a popularizar el Derecho, entendido éste, ante todo, como derechos humanos, y tratando que éstos puedan ser respetados haciendo valer las leyes.

Actualmente las necesidades de las Comunidades y su propio impulso, han hecho evolucionar el proceso jurídico o juridización de sus problemas hasta plantearse la conveniencia y utilidad de formar una Comisión de Derechos Humanos, la cual se encuentra en vías de constituirse.

A continuación diré algunas palabras acerca del proceso de juridización de esas comunidades, en cuanto al modo que han ido entendiendo el Derecho y el uso que le han dado.

⁵ PRESSBURGER, T. Miguel, "Direitos Humanos e Assessorias Jurídicas", en el folleto *Discutiendo a Assessoria Popular, II*, Ed. Instituto Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1992, p. 45.

⁶ *Idem supra*.

II. 1 *Con el Derecho topamos*

Debido al gran impulso que desde hace más de veinte años el P. Rogelio Segundo ha dado al fomento de Comunidades Eclesiales de Base en el centro del País, se constituyó Acción Social y Educativa de Celaya, A.C., hace aproximadamente diez años, con el fin de dar apoyo integral a esos núcleos de inspiración cristiana. La labor de esta asociación civil se ha centrado en promover y apoyar la educación y organización de las comunidades más pobres y carentes de servicios de la región norte del estado de Guanajuato, lo que ha venido haciendo a través de diversas acciones y esfuerzos de acuerdo a sus posibilidades y a las necesidades que se van presentando.

Esas comunidades, apenas en el inicio de su caminar en la búsqueda de resolver sus más apremiantes necesidades vitales, se topan, por un lado, con el complejo mundo de lo jurídico y por otro, con aquellos encargados de aplicar la normatividad positiva. En otras palabras, pronto aparece en el horizonte de comprensión de los miembros de las comunidades y en sus acciones concretas, la cuestión del Derecho. Esto va, primero, con simples trámites burocráticos que deben realizarse, hasta con problemas de enfrentamientos con autoridades que actúan arbitrariamente, llegando algunos asuntos a la competencia de los juzgados tanto civiles como penales y de Distrito en caso de materia de amparo. Y segundo, esa cuestión del Derecho, empieza a hacerse consciente como derechos humanos que se tienen y que es necesario exigir para obtener el pleno respeto y goce de los mismos.

Al juridizarse, en el sentido arriba anotado, el caminar de las comunidades, se ve la necesidad que éstas tienen de conocimientos básicos de las leyes y de asesorías jurídicas para los problemas concretos. Comienzan, entonces, con solicitarnos asesoría jurídica para casos específicos y de ahí surge la idea de comenzar con cursos o reuniones de estudio de algunas materias de Derecho para promotores. Éstas se celebran en cinco ocasiones, ocupando cada una tres días, en abril y noviembre de 1988, abril y noviembre de 1989 y abril de 1990. En estas sesiones de estudio se enfatizó lo relativo a los derechos humanos relacionándolos con sus necesidades concretas.

Como frutos de estas reuniones de estudio, de acuerdo a la evaluación de los propios promotores participantes, tenemos los siguientes: "luces de lo que es el Derecho", "inquietud sobre lo jurídico", "mayor

interés en los problemas de la comunidad", "nuevo camino para afrontar los problemas" y la formación de una Comisión Jurídica.

La Comisión Jurídica se integró con promotores miembros de las comunidades, y empezó a funcionar en junio de 1989. Desde entonces y hasta ahora ha tenido una reunión mensual dedicada al estudio sistemático de diversas materias de Derecho; se inició con una Introducción al Derecho y al Estado, después se analizaron las "garantías individuales" y algunas nociones de amparo, para pasar después al estudio del Derecho penal y el procedimiento en esta materia. Además, de manera simultánea al estudio teórico señalado, las sesiones se ocupan del análisis de problemas jurídicos concretos de las comunidades a los que hay que darles solución urgente con trámites administrativos y judiciales. Parte del tiempo de esa reunión mensual se dedica a la consulta de casos particulares de los miembros de las comunidades.

En lo que se refiere a la resolución administrativa y judicial de los problemas concretos de los grupos, los miembros de la Comisión Jurídica juegan un papel muy importante en su tramitación, asesorados en esto, por los abogados del CEJYS.

En una evaluación hecha por los miembros de la Comisión Jurídica junto con otros promotores, a fines de octubre de 1991, se refirieron a los frutos que la propia Comisión había dado. Dijeron, entre otras cosas, lo siguiente: "Es ya más fácil redactar algún escrito, pues se fundamenta con la ley"; "tenemos más seguridad en el exigir"; "ya no hay tanto miedo ante las autoridades"; "el trabajo de la C. J. ha ayudado a debilitar a los caciques"; "las autoridades de las comunidades ya no hacen lo que quieren"; "el descubrimiento del camino jurídico da seguridad y eso debilita el poder de los caciques y fortalece a la comunidad"; "la C. J. complementa el trabajo de pastoral"; "la C. J. nos ha dado la seguridad de que juntos podemos resolver un problema". También se hizo mención, en la evaluación, de los litigios planteados, de algunas defensas asumidas y del conflicto que motivó que campesinos y colonos se organizaran en San Luis de la Paz y culminaran en plantón exigiendo justicia para sus compañeros ante las autoridades.

Este trabajo de la C. J., difundiendo el conocimiento de los derechos humanos, haciendo conciencia de la existencia de los mismos y la importancia de hacerlos valer, y asumiendo su defensa en la medida de sus posibilidades, dio origen a la idea de crear un centro de derechos humanos invitando a colaborar en el mismo a personas con cierta pre-

sencia social y que en su área de trabajo estuvieran dando "aportes para la construcción de una sociedad más justa", se dice en la convocatoria. Actualmente el centro está en proceso de formación.

II.2 *Un centro de derechos humanos distinto*

Este centro de defensa y promoción de los derechos humanos, que se ha propuesto tenga como centro de operaciones la ciudad de Dolores Hidalgo, Guanajuato, tiene características singulares.

Se trata de un centro de derechos humanos que tiene su origen en una amplia red de comunidades campesinas y suburbanas que constituyen su base y que lo impulsan. No es como el resto de los centros de derechos humanos no gubernamentales, formados algunos de ellos por un grupo de gente notable y de buena voluntad que ofrecen su servicio al resto de la sociedad, y formados otros por la iniciativa e impulso del titular u ordinario de alguna diócesis o por alguna congregación religiosa.

Llama la atención, además, el hecho de que tienen como documento base un diagnóstico sobre la situación que viven las comunidades, elaborado desde el punto de vista de los derechos humanos, y que en ese diagnóstico, sin dejarlo de lado, no se da prioridad a cuestiones como el abuso policial, que es el caballito de batalla de estos organismos, sino que resalta necesidades sentidas de las comunidades como una ausencia de la actualización de derechos humanos vitales. El listado de derechos que se analizan en cuanto a si son efectivos o no, son los siguientes: a la salud, a la educación, a la alimentación, servicios, seguridad pública, vivienda, aprovechamiento de los frutos de la tierra, fuentes de trabajo, descanso y recreación y comunicación. Se trata de un diagnóstico a partir de derechos sociales diríamos, y que se sintetizan en el *derecho a una vida digna*.

Sería, entonces, un centro de derechos humanos con un objetivo radical, de raíz, pues buscaría promover, si nos atenemos al diagnóstico, el *derecho a una vida digna*.

Se trata de un centro de derechos humanos producto de un movimiento social de *pobres*⁷ en cuanto sujetos usuarios de la juridicidad

⁷ Tomamos el *pobre* o los *pobres* como categoría sociológica siguiendo los conceptos de José de Souza Martins; cfr. *A militarização da Questão Agrária no Brasil*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1985.

alternativa, los que, como dice José Eduardo Faria, "a partir de valores comunitarios de fuerte connotación ideológica y un cierto contenido utópico, descubriendo la importancia de un uso 'alternativo' del derecho vigente y valorizando estrategias inéditas de articulación, movilización y socialización de los grupos y clases subalternas en los espacios colectivos de la vida cotidiana",⁸ asumen conductas que reflejan una alteridad respecto de aquellos patrones que les son impuestos por el Estado y los grupos dominantes.

II.3 *Uso alternativo del Derecho y uso pedagógico del derecho subjetivo*

Sin profundizar sobre el concepto de *uso alternativo del Derecho*, parte medular de nuestro trabajo, es importante verter algunas ideas acerca del mismo.

Uso alternativo del Derecho es una fórmula acuñada en grupos de juristas progresistas ligados a los aparatos de administración de justicia europeos, principalmente en Italia⁹ y España,¹⁰ y entendida como una interpretación judicial de las normas de manera democrática a favor de las clases trabajadoras. En América Latina ha sido recogida la fórmula pero se ha aplicado más bien a la "práctica alternativa del Derecho"¹¹ de parte de litigantes o asesores jurídicos ligados a los grupos populares y sus causas.¹²

No es fácil, sin embargo, dar todavía un concepto que satisfaga a todos del "uso alternativo del Derecho" para América Latina. Germán Palacio nos dice que "las prácticas jurídicas alternativas se encuentran en un terreno relativamente pantanoso, un terreno teórico, donde

⁸ Citado por PRESSBURGER, *ob. cit.*, p. 49.

⁹ Cfr. BARCELLONA, Pietro y COTURRI, Giuseppe, *El Estado y los Juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

¹⁰ Cfr. VALLS, Quico, "Justicia Democrática: el uso crítico de la Constitución" (conversación con Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Jiménez Villarejo, José Ma. Mena, Claudio Movilla y Doménico Pulitano), en *El Viejo Topo* núm. 55, Barcelona abril de 1981.

¹¹ URIBE URÁN, Víctor Manuel, "Nuevas dimensiones de la crítica jurídica y la práctica alternativa del Derecho", en *Crítica Jurídica* núm. 7, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, México, 1987, pp. 145 y ss.

¹² Cfr. MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio, "Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho", en *El Otro Derecho* núm. 1, Ed. Themis e Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, agosto de 1988, p. 59.

todavía no estamos en capacidad de definir con claridad la denominación que corresponde a este tipo de práctica...; estamos frente a una limitación teórica importante y es que tenemos un conjunto de experiencias, todas ellas muy ricas pero todas ellas más o menos parciales, no generalizables, fragmentadas, no institucionalizadas..."¹³

De tal modo que, en términos sencillos, pero con las debidas reservas de acuerdo a la advertencia de Palacio, podríamos decir que, en nuestro medio latinoamericano, el *uso alternativo del Derecho* constituye las diversas acciones jurídicas encaminadas a que la normatividad y su aplicación por parte de los tribunales e instancias administrativas favorezca a los intereses del pueblo o clases dominadas.

Cuando se habla de *uso alternativo del Derecho* habitualmente se hace referencia al derecho objetivo. Esto es, se busca la normatividad utilizable y el modo como se va a hacer uso de la misma de forma que resulte alternativa.

Pero los derechos subjetivos, es decir las facultades que poseen las personas y los grupos sociales ¿son también utilizables? Dicho en otras palabras, esa acepción del Derecho, como derecho subjetivo o facultad ¿es también instrumental?

No estamos de acuerdo, filosóficamente hablando, en la relativización del Derecho, entendido éste como facultad de la persona humana individual o asociada ni en lo que se refiere a la justicia. Sin embargo, creemos que sí puede hacerse un uso de los derechos subjetivos pedagógicamente, de tal manera que resulte una concepción integral del fenómeno jurídico que sea alternativa con relación al modo de entender el Derecho por parte de los grupos dominantes en la sociedad. De hecho es el método que se siguió en las comunidades de base de la diócesis de Celaya.

En la educación jurídica popular, esto es en la enseñanza del Derecho a los grupos populares, que pretende, en palabras de Manuel Jacques "la socialización del conocimiento jurídico";¹⁴ hemos marcado el acento en la reflexión de sus propios derechos, muchos de ellos reconocidos en la propia legislación, pero también muchos de ellos negados de hecho por la organización de nuestra formación social, y otros

¹³ PALACIO, Germán, "Prácticas Jurídicas Alternativas (PJA)", en "Primer encuentro nacional de servicios legales populares de Paraguay", *Documentos 6 de Portavoz*, Ed. ILSA, Bogotá, 1990, p. 31.

¹⁴ JACQUES P., Manuel, *Educación para un uso alternativo del Derecho*, Ed. Quercum, Centro de Reflexión y Acción para el cambio, Santiago de Chile, 1985, p. 1.

incluso no reconocidos y algunos hasta negados por la normatividad del Estado. Esos derechos son la mayoría de las veces intuitivos pero no plenamente conocidos. La tarea pedagógica es hacer caer a los educandos en la cuenta de la plenitud de su vigencia y en el reconocimiento que muchas veces hace de ellos el Derecho positivo, así como del modo de hacerlos valer.

Manuel Jacques, que tiene una gran experiencia en la educación jurídica popular, nos dice lo siguiente:

Una segunda dimensión educativa, puede abordar la educación para el uso alternativo del derecho, a partir del planteamiento de que el estado de insatisfacción de las necesidades humanas fundamentales es la negación de un derecho y, por tanto, tiene expresión como conflicto jurídico.

Al conceptualizar nosotros el conflicto jurídico a partir del estado de insatisfacción de necesidades humanas fundamentales, rechazamos de plano la visión legalista que lo reduce solamente a un conflicto con la norma positiva. Criticamos este enfoque reduccionista, pues reduce el conflicto jurídico a lo legal y, por ende, el Derecho a la Ley.

Abordamos así el fenómeno jurídico desde esta noción más comprensiva —en el sentido de que dice relación con el Derecho y no sólo con lo legal—; situamos sus criterios de exigibilidad más allá de la norma formal y vigente, y los extendemos a la posibilidad de establecimiento de derechos que permitan la satisfacción de necesidades fundamentales que no se encuentran consagrados en el ordenamiento o que resultan violados por el sistema, sea mediante la aplicación de modelos económicos o sociales determinados, porque la ausencia de norma lo permite, o porque las ya existentes otorgan tanta libertad, que la conducta amparada por ellas tiende a ejercerse de un modo que impide a otros el acceso a la satisfacción deseada.

Esta visión más amplia del conflicto jurídico nos permite definir áreas de conflicto que coinciden con áreas de insatisfacción de necesidades básicas, o si se prefiere, de violación de Derechos Humanos.¹⁵

El método educativo que Jacques nos propone, lleva implícito un uso pedagógico de los derechos subjetivos, como uso alternativo del Derecho.

¹⁵ *Idem supra*, pp. 13, 14 y 15.

A las comunidades cristianas de base guanajuatenses, a las que nos hemos referido, acostumbradas a la reflexión seria sobre sus vidas y sus necesidades, les es relativamente sencillo juridizar sus conflictos como violación de sus derechos. Por eso, al plantearse la creación de un centro de defensa y promoción de los derechos humanos, enfocan sus prioridades a todo aquello que requieren para una vida digna. No parten de catálogos de derechos reconocidos en la ley, sino a la inversa, exigen, esté o no en la normatividad, todo aquello que requieren para mejorar su calidad de vida.

Lleva razón Germán Palacio cuando dice que "los servicios jurídicos innovadores, nos han arrojado a un terreno teórico para el cual todavía no tenemos una conceptualización precisa".¹⁶ Este campo teórico corresponde a la Sociología Jurídica el desarrollarlo, y tiene en él un gran reto. Se trata, ciertamente, de una Sociología Jurídica militante.

III. ALTERNATIVIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Miguel Pressburger señala, insistentemente, que la conceptualización del Derecho en general y de los derechos humanos y la justicia en particular, por parte del Estado y los grupos dominantes, lleva frecuentemente trampas ideológicas de acuerdo al objetivo de dominación social.¹⁷ Se crea —dice el jurista brasileño— "el artificio del Estado de Derecho, formalizando principios de igualdad en donde existe la más perversa desigualdad".¹⁸

De ahí la importancia del rescate que hacen los grupos populares organizados de toda la juridicidad de los derechos humanos. Porque presentan un discurso jurídico alternativo con relación a los propios derechos del ser humano.

El discurso ideológico dominante rescata la formalidad de los derechos humanos pero oculta la no materialización de los mismos, y asimismo restringe el alcance del concepto "derechos humanos" a las meras libertades civiles y políticas. Los pobres quedan así excluidos de

¹⁶ PALACIO, *ob. cit.*, p. 29.

¹⁷ Cfr. PRESSBURGER, T. Miguel, "Direito Insurgente: o Direito dos Oprimidos", en el folleto colectivo *Direito Insurgente: O Directo dos Oprimidos*, Ed. Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1990, p. 6.

¹⁸ PRESSBURGER, "Direitos Humanos e Assessorias Jurídicas", *ob. cit.*, p. 47.

sus mínimos y fundamentales derechos. De ahí la importancia de la alternatividad del discurso jurídico de los derechos humanos.

Es este rescate de los derechos humanos considerados de forma integral por los grupos populares y sectores amplios de la sociedad civil, el que hace posible una crítica radical a la juridicidad vigente.

Dice José de Souza Martins:

El derecho insurgente expresa una crítica al derecho establecido, vigente, institucional, y, por otro lado, la exigencia de una reformulación democrática del Derecho. La sociedad está anunciando un nuevo Derecho, tanto en los países socialistas como en los capitalistas, en donde vivimos un gran momento de transición histórica. La claridad puede no ser muy grande, al principio, pero ya es evidente que la idea no se restringe a una simple interpretación nueva del viejo Derecho. Lo mismo a través de manifestaciones, equivocadas, como los linchamientos, lo que se constata es una crítica a las instituciones jurídicas, al aparato de justicia del Estado y al derecho existente.¹⁹

El uso de los derechos humanos como idea-fuerza alternativa es, pues, de suma importancia, por la trascendentalidad de los propios derechos humanos. Esta trascendentalidad de los derechos del ser humano lo es en el sentido, como dice Pablo Salvat, de que las realizaciones jurídico-políticas concretas no agoten su ideario. "Pueden concebirse, entonces, como una suerte de utopía democrática, imposible de alcanzar a cabalidad, pero que orienta desde ya las libertades parciales."²⁰

¹⁹ DE SOUZA MARTINS, José, "Cidadania, Movimentos Sociais e Entidades de Mediação", en el folleto *Discutindo a Assessoria Popular II*, *ob. cit.*, p. 17.

²⁰ SALVAT, *ob. cit.* p. 525.

LA RENOVACIÓN DE LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO: SU SENTIDO ROMANISTA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Objetivo*. II. *Antecedentes*. III. *El curso de Historia General*. IV. *Hacia un curso en la Historia General del Derecho*. V. *Temario para un curso de Historia General del Derecho*.

I. OBJETIVO

El objetivo de la presente comunicación * es destacar nuestra particular experiencia habida en la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México, desde el año 1980, cuando nos hicimos cargo de la cátedra de Historia General del Derecho, y cómo dicha asignatura se ha vinculado con el conocimiento del Derecho Romano.

II. ANTECEDENTES

Actualmente en la Escuela se imparten dos cursos anuales de Derecho Romano en los dos primeros años de estudios, y dos cursos de Historia del Derecho también anuales: general en el cuarto año y patrio en el último año de la carrera de abogado. Por muchos años fue la única institución en el país que mantuvo un plan de estudios que contemplaba la enseñanza de todas estas asignaturas, y hoy es aún la única en hacerlo en un periodo anual de clases.

De la misma forma que don Manuel López Medina se encargó en otra ocasión de estudiar la evolución de los estudios romanistas en la Libre desde su fundación,¹ Fernando A. Vázquez Pando y nosotros

* Comunicación leída en el *Primer Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano*, Universidad Veracruzana, Jalapa, enero de 1992.

¹ Manuel LÓPEZ MEDINA, "La Escuela Libre de Derecho y el Derecho romano (1912-1982)", conferencia en el Primer Coloquio Italo-Mexicano de Derecho Romano; en *Anuario Jurídico*, México, XI, 1984, pp. 383-397.

lo hicimos respecto a la Historia del Derecho desde 1917 cuando quedó establecida la cátedra de esta disciplina,² entendida, entonces, como el estudio de la Historia del Derecho mexicano con sus antecedentes romano y español, principalmente. En 1935, quizás por la influencia de Javier de Cervantes, la asignatura se dividió en dos cursos, uno dedicado a la Historia General del Derecho que se impartiría en cuarto año y otro específicamente a la llamada Historia del Derecho patrio en el quinto año de estudios. Desde entonces y hasta la fecha la misma situación se ha mantenido sin variación alguna.

III. EL CURSO DE HISTORIA GENERAL

La división introducida supuso una dificultad que sólo hasta hace aproximadamente quince años comenzó a ser superada. En efecto, jamás hubo problema para determinar el contenido del curso de Historia del Derecho patrio; éste se ocuparía en dar una visión, lo más completa posible, de los elementos formativos del Derecho mexicano, que sin descuidar los antecedentes prehispánicos haría énfasis en el llamado Derecho indiano y en los presupuestos hispánicos, concretamente castellanos, de este último. Una cierta inclinación de los profesores —y la ausencia de la indispensable bibliografía— hizo que durante muchos años no se descendiera al examen del Derecho propiamente mexicano.³

Por el contrario, el curso de Historia general quedó un tanto desprovisto de contenido específico. ¿Qué debería impartirse en él? ¿Había que contentarse con dar un panorama de los principales cuerpos legislativos de las más importantes culturas jurídicas del mundo, o atacar el examen histórico de las instituciones jurídicas universalmente aceptadas? Y, en todo caso, ¿cuál habría de ser el criterio para elegir esas culturas o esas instituciones? ¿Habría que remontarse —como después se señaló en el plan de estudios de otras escuelas de Derecho—⁴ hasta las culturas “de la antigüedad”: babilónicos, egip-

² Fernando A. VÁZQUEZ PANDO, “La Escuela Libre de Derecho y la Historia del Derecho patrio”, *Memoria del primer congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 145-178. A este trabajo le hicimos una reseña en la que apuntamos nuevos datos, que fue publicada en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 6, segunda parte, 1982, pp. 617-626.

³ VÁZQUEZ PANDO, *op. cit.*, p. 149.

⁴ Como en el caso de la Escuela de la Universidad Iberoamericana. Cfr. José de Jesús LEDESMA URIBE, *Presencia de los estudios de Historia jurídica en la Uni-*

cios, hebreos, griegos, etcétera, o habría que tomar en cuenta sólo aquéllas que de forma inmediata se vinculaban de alguna manera con lo que vagamente se podía llamar la cultura occidental? Intentar hacer una historia universal de las instituciones jurídicas parecía imposible, aun cuando el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM así lo propusiera.⁵ La disciplina parecía, entonces, carecer de un contenido propio, útil, abarcable, coherente y formativo y podía, por ende, diluirse en un conjunto enorme de datos sobre distintos países y culturas jurídicas o en una serie de anécdotas, quizás divertidas pero las más de las veces abrumantes y aburridas, sin mayor valor para los estudiantes del Derecho que el de saciar una curiosidad o una pasión por lo viejo. En los mejores casos, el curso podría servir para poner a los alumnos en contacto con los textos “legislativos” clásicos: el Código de Hammurabi, el Decálogo, los dos *Corpus Iuris*, el Espejo de Sajonia, la Constitución gringa, o el Código de Napoleón.

Don Javier de Cervantes, el primer titular de esta cátedra en la Libre, fue el encargado de darle un contenido más o menos preciso pero sin ninguna homogeneidad y, en nuestro concepto, sin un correcto sentido. Gracias a la publicación tardía de los apuntes utilizados en su clase —que mimeografiados circularon por años— sabemos del contenido de la materia durante el tiempo que don Javier se encargó de impartirla y aún años más tarde, pues algunos de sus sucesores continuaron el programa desarrollado por aquél. Abarcaba su curso siete grandes capítulos: Grecia, Roma, los bárbaros, el Derecho medieval en general, el Derecho medieval en particular, el constitucionalismo moderno y la codificación, subrayando los aspectos de organización política de cada tema y analizando el contenido de las principales fuentes legislativas correspondientes a cada periodo. El importante tema del *ius commune* era prácticamente ignorado, lo mismo que el de su recepción y en pocas líneas desahogaba las escuelas de los Glosadores, Posglosadores y el Humanismo jurídico del siglo XVI. Más importantes resultaban, en consecuencia, los temas del cons-

versidad Iberoamericana, Memoria..., pp. 67-73 y de la Facultad de Derecho de la UNAM, respecto de la cátedra de “Historia universal de las instituciones jurídicas”. Cfr. Facultad de Derecho, *Organización Académica y programas de estudios de licenciatura*, México, UNAM, 1986, pp. 543-548.

⁵ Facultad de Derecho, *loc. cit.*

titucionalismo moderno —sobre todo el norteamericano— y el de la codificación, referido exclusivamente a la francesa.⁶

Sin mayores alteraciones de por medio, este programa fue el que básicamente aprendimos en el curso 1975-1976 bajo la dirección del querido maestro don Íñigo Laviada, quien desde 1955 se encargaba de la enseñanza de esta Historia del Derecho. Un año después, sin embargo, las cosas empezarían a cambiar.

IV. HACIA UN CURSO EN LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Efectivamente, en 1977 se abrió un segundo grupo de cuarto año en las aulas escolares de la Libre, y el doctor Jorge Adame fue el elegido para ocuparse de él. Su experiencia de historiador profesional —estaba a punto de doctorarse en Historia en El Colegio de México—, su ya decidida vocación romanista —que lo había llevado a Navarra para estudiar bajo la dirección de don Álvaro D'Ors—, y su propia juventud lo inclinaron a intentar variar el contenido tradicional, anquilosado y ambiguo de un curso de Historia que no parecía tener ningún sentido concreto ni una metodología clara. Bajo la temprana influencia de García Gallo y la decisiva de D'Ors, desde ese año y por dos años más impartió el curso de Historia general del Derecho sobre bases científicas más firmes, correcta metodología, propósitos definidos, clara orientación, ideología segura y contenido atractivo, crítico y enriquecedor para el estudiante de Derecho. A él se debe, sin duda, el impulso renovador dado a esta disciplina, impulso que ha llegado a quienes en este sentido somos sus discípulos y que benéficamente se ha extendido a otras instituciones del país.⁷ Con el plan propuesto por Adame el curso de Historia general del Derecho llega a tener un contenido y un sentido propio, fácilmente perceptible y útil para la formación cabal de los juristas mexicanos. Por lo mismo, sería muy conveniente que orientara la elaboración de los diversos planes de estudio que contemplan dicha asignatura en el país, o que impulsara la introducción de la misma en aquéllos que no la incluyen.

⁶ Javier DE CERVANTES, *La tradición jurídica de Occidente: Antología de los apuntes del profesor...* Preparada por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández, México, UNAM, 1978.

⁷ Por ejemplo, en la Universidad Panamericana y en el Colegio de Michoacán, dentro de los cursos de maestría en Historia de México. Vid. la conferencia de Alejandro MAYAGOITIA presentada en este mismo Encuentro.

Su valor para la formación de los jóvenes juristas es indudable. Desde el año de 1980 en que nos hicimos cargo de la misma materia lo hemos podido constatar. Hoy por hoy casi ningún alumno de la Escuela Libre se atrevería a plantear seriamente una pregunta que no hace mucho alguno de ellos planteó respecto del Derecho romano: ¿Historia del Derecho para qué?

Con la propuesta renovadora de Adame el curso de Historia se construye como un verdadero "Curso": sigue un hilo conductor que va siendo perfectamente definido y explicado de principio a fin a lo largo de más de cien clases. Dicho hilo conductor es precisamente el Derecho romano, contemplado como el padre de la ciencia jurídica occidental cuyos avatares, realizaciones, ascensos, ausencias o depresiones se examinan siempre desde la perspectiva del legado intelectual, racional, lógico y ético del Derecho romano, tal y como hace ya algunos lustros la contemplara la clásica *Historia del Derecho privado de la edad moderna* del jurista alemán Franz Wieacker.⁸

Esta obra es la que inicia en México y desde las aulas de la Libre la renovación de la enseñanza de la Historia general del Derecho, concebida desde entonces como una historia de la ciencia jurídica occidental, ajena un tanto (o un mucho) al desenvolvimiento de lo que sería el derecho público y, por el contrario, centrada en el desarrollo del *ius* privado; entendido éste como obra de juristas autónomos y sostenido más en la *auctoritas* de éstos que en la *potestas* de un legislador no siempre éticamente responsable. Una historia de ideas y de métodos: lógico-racionales, filológicos y exegéticos, etcétera, puestos en marcha en la búsqueda de soluciones justas y prácticas de problemas jurídicos concretos. Ideas y métodos que se han plasmado en escritos, textos o libros, por lo cual bien pudiera afirmarse que en el fondo de esta concepción de la historia jurídica hay una aceptación tácita de la idea de D'Ors y de nuestro maestro Rafael Gibert de la Historia del Derecho concebida como historia de los libros jurídicos.⁹

⁸ Trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

⁹ Rafael GIBERT, "La historia del Derecho como historia de los libros jurídicos", *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*. Nuevas técnicas de Investigación, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 61-92 y Alvaro D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, 5ª ed., Madrid, Rialp, 1982, pp. 19-21.

Libros escritos por juristas cuyos nombres, obras e ideas han de aprender los cursantes de la Historia general, ubicándolos siempre dentro de las corrientes o escuelas a las que pertenecieron, pues la concepción aceptada considera al Derecho privado fundamentalmente como obra de juristas y pretende historiar este Derecho de juristas. Todo con el propósito de destacar la notable influencia del Derecho Romano renovado por la ciencia jurídica occidental y de señalar tanto las consecuencias de su conocimiento como las de su negación en el propio desenvolvimiento de aquélla.

Problemas y épocas como la época clásica romana, la vulgarización del Derecho romano, la elaboración del *Corpus Iuris*, la romanidad frustrada del Imperio carolingio, el descubrimiento del *Digesto*, la formación y recepción del *ius commune* en casi toda Europa, el esplendor del humanismo jurídico en el XVI, la labor de Pothier y de los codificadores napoleónicos, y la Escuela pandectista alemana y su influencia en el Código Civil alemán de 1900 son los puntos centrales de un curso que quiere ver, repetimos, en el Derecho romano la columna vertebral de una historia que aún no concluye y que pretende servir de soporte y acicate para superar un positivismo formalista y una dogmática jurídica anquilosada y servil en manos del legislador moderno, es decir, de los ejecutivos eficientistas. Pero el curso no olvida —al contrario, le importa destacar— el lado oscuro de una historia desprovista de juristas y que confía ciegamente en el legislador o en las meras fuerzas sociales. De esta forma, el postclásico romano, el Derecho bizantino, la época feudal, el racionalismo iusnaturalista y su fruto, la codificación estatal, la escuela de la Exégesis francesa, el positivismo jurídico legalista, las diversas corrientes naturalistas y el ascenso y predominio tanto de la Escuela de Viena como del realismo escandinavo, son también analizados, a la par que la germanización del Derecho, la importancia del Derecho consuetudinario, la evolución del Derecho canónico y la formación del Derecho mercantil moderno, la Escuela histórica de Savigny y el renacimiento de las tesis iusnaturalistas en el siglo XX.

A la presencia de Wieacker —hoy por desgracia agotado en su única y pésima traducción española— se tienen que sumar, en consecuencia, las obras indispensables de Schulz y de Kunkel, de García Pelayo y de Ganshof, de Bloch y de Bartolomé Clavero, de Tomás y Valiente y de Koschaker, de Molitor y de Schlosser y de Hernández Gil; de Guido Fassó y de Gibert, y, entre los nuestros, de Marga-

dant y de Villoro;¹⁰ todos al lado de una serie de lecturas escogidas de autores y de fuentes que complementan en cada tema la exposición del maestro y de los textos básicos.

Con este programa —seguido hoy en toda la Libre gracias a la labor, en su momento, de don Sergio Vela Martínez y de don Julio Montejano en el grupo 4º A— los alumnos vuelven a plantearse el valor y la utilidad de los estudios del Derecho romano adquiridos en los dos primeros años de la carrera y quedan en favorable disposición para entender y reorientar, en el último año de la carrera, tanto la Historia del Derecho patrio como la misma Filosofía del Derecho y, tal vez en un posgrado, los rudimentos del Derecho comparado.

Sin duda que un curso así concebido no sólo logra una importante reivindicación tanto del Derecho romano en sí y de su valor como modelo para la revitalización de la ciencia jurídica actual, sino también de la labor misma de los juristas, en un medio dominado por el positivismo legalista y por la ausencia de un pensamiento jurídico original comprometido con la justicia más que con el poder.

Una última cosa: conviene destacar que en la Escuela Libre de Derecho la Historia general del Derecho se encuentra ubicada en el cuarto año de estudios, a diferencia de otras facultades o escuelas que la ubican en alguno de los dos primeros "semestres". Esto significa que la Escuela Libre no la considera una materia simplemente "introdutoria" a los estudios jurídicos, de contenido cultural, accesorio o de mero "relleno", sino que, por el contrario, piensa que

¹⁰ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 1946. Wolfgang KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1975. Manuel GARCÍA PELAYO, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de Occidente, 1968. François L. GANSHOF, *El Feudalismo*, 5ª ed., Barcelona, 1979. Marc BLOCH, *La Sociedad Feudal*, México, UTEHA, 1958. B. CLAVERO, *Derecho Común*, Temas de Historia del Derecho, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1980. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955. MOLITOR-SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva Historia del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1980. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, en *Obras completas*, t. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1988. G. FASSÓ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Pirámide, 1980, 3 vols. RAFAEL GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa: germánico, romano, canónico*, Madrid, s/e, 1982. GUILLERMO F. MARGADANT, *La segunda vida del Derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986. MIGUEL VILLORO TORANZO, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho*, México, Porrúa, 1973, y diversos artículos aparecidos en distintas revistas jurídicas mexicanas pocos años antes de su muerte.

supone y requiere de un previo conocimiento de fenómenos e instituciones jurídicas, del funcionamiento y de las características del sistema jurídico positivo y de cierto contacto con la práctica profesional. Sólo así el alumno puede captar el contenido crítico y, en ocasiones, explosivo de un curso que subvierte a veces el concepto mismo del Derecho aprendido tradicionalmente en las disciplinas de "Derecho positivo", convirtiéndose de esta forma en un medio idóneo para inmunizar al alumno del dogmatismo legalista imperante en casi todas esas materias, dotándole de una visión más crítica, más amplia y más libre y creativa de su propia profesión. Es en este sentido que podemos afirmar que la Historia general del Derecho guarda un insospechado contenido liberador para quien la aprende.

Tal vez enseñando de esta manera y con similares contenidos, nuestros alumnos eviten que se haga realidad lo que Gierke se preguntaba hace años: "¿Por ventura el trabajo sobre el *Corpus Iuris*. . . no quedará reducido con el tiempo a un estudio, bueno para los amantes de lo antiguo, como, por ejemplo, el del Código de Hammurabi, pero que debe excluirse de la enseñanza actual del Derecho?"¹¹

V. TEMARIO PARA UN CURSO DE HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Introducción al Curso

- A. Contenido
- B. Objetivos del curso
- C. Limitaciones temporales y espaciales
- D. La Historia del Derecho como Historia de la Ciencia Jurídica

I. Derecho romano

- A. El Derecho Romano en la Época Clásica
 - 1. La jurisprudencia romana
 - 2. El derecho del pretor
- B. El Derecho romano durante el Bajo Imperio
 - 1. La decadencia de la Jurisprudencia Romana

¹¹ Citado por Miguel HERRERO DE MIÑÓN, *Idea de los derechos históricos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

- 2. El imperio de la *Lex*
- 3. El Derecho Romano vulgar
- 4. El Derecho Romano justiniano: el *Corpus Iuris Civile*
- C. El destino del Derecho romano en Occidente en la ALTA Edad Media
- D. El destino del Derecho Romano en el imperio de Oriente

II. Derecho germánico

- A. Características generales y comunes
- B. Algunas instituciones destacadas
- C. Textos del Derecho Germánico

III. El Derecho Carolingio

- A. El Derecho imperial. Los capitulares
- B. Los derechos locales. El imperio de la costumbre

IV. El feudalismo

- A. Presupuestos
- B. Tipos de infeudación y su impacto en lo jurídico
 - 1. Francia
 - 2. Alemania
 - 3. Península ibérica
 - 4. Inglaterra
- C. El contrato de vasallaje
- D. El Derecho Privado en los feudos y señoríos

V. El Derecho Mercantil

- A. La apertura comercial de Europa
- B. El renacimiento de la vida urbana
 - 1. Derecho de Burgos y corporaciones
 - 2. El *Ius Mercatorum* (características propias)
 - 3. Instituciones mercantiles
 - 4. Compilaciones de Derecho Mercantil
 - 5. Surgimiento de la ciencia mercantil

VI. *El Derecho Canónico*

- A. Los orígenes
- B. Primeros intentos recopiladores
- C. La formación del *Corpus Iuris Canonici*
- D. La ciencia canónica
 - 1. Decretistas
 - 2. Decretalistas
 - 3. Derecho Canónico y Derecho Romano
- E. Los códigos de Derecho Canónico

VII. *Recepción del Derecho romano justiniano y formación del Ius Commune*

- A. El nacimiento de las universidades
- B. *Mos Italicus*
 - 1. Glosadores
 - 2. Ultramontanos
 - 3. Comentaristas
- C. Formación del *Ius Commune*
 - 1. Concepto
 - 2. Características
 - 3. Método
- D. El Fenómeno de la Recepción
 - 1. Concepto
 - 2. La recepción en Francia
 - 3. La recepción en Cataluña
 - 4. La recepción en Castilla
 - 5. La recepción en Inglaterra
- E. *Mos gallicus* y Humanismo Jurídico
 - 1. El humanismo
 - 2. Vertiente erudita y crítica
 - 3. Vertiente sistematizadora
- F. Recepciones tardías
 - 1. Holanda. Jurisprudencia elegante
 - 2. Alemania. *Usus Modernus Pandectarum*. Derecho profesoral

VIII. *Derecho Natural Racionalista*

- A. Antecedentes
 - 1. La crisis de la autoridad

- 2. Descartes
- 3. Los teólogos juristas españoles
- B. Precursores
- C. Sistematizadores
- D. Matematizadores

IX. *El Movimiento Codificador*

- A. Presupuestos y características de la Codificación
- B. Codificación y Derecho romano
- C. Intentos codificadores
 - 1. Baviera
 - 2. Austria
 - 3. Prusia
- D. La Codificación Racionalista Francesa
- E. La recepción de la Codificación

X. *La Escuela Exegética Francesa*XI. *La Escuela Histórica Alemana*

- A. El historicismo
- B. Presupuestos
- C. La rama germanista
- D. La rama romanista

XII. *La Pandectística Alemana*

- A. Jurisprudencia de conceptos
- B. Codificación alemana y suiza

XIII. *El Positivismo Jurídico Formalista Legalista*XIV. *Corrientes jurídicas anti-formalistas*

- A. El Naturalismo Jurídico: Concepto
- B. La Libre Investigación Científica
- C. El Sociologismo Jurídico
- D. La Jurisprudencia de Intereses
- E. La Escuela del Derecho Libre
- F. El Marxismo

XV. *La reacción formalista*

- A. La Escuela de Viena
- B. La Escuela de Marburgo

XVI. *La reacción iusnaturalista*

- A. El Neotomismo
- B. El Derecho Natural Racionalista

XVII. *El Realismo Jurídico Escandinavo*

XVIII. *Retorno a la Justicia Material*

LOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Luis Miguel Díaz
y Antonio GARZA

SUMARIO: 1. *Mecanismos de prevención de controversias y mecanismos para resolver controversias.* 2. *Capítulo XI, Sección B: Mecanismo para la solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte.* 3. *Capítulo XIX: Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias.* 4. *Capítulo XX: Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias.*

1. MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE CONTROVERSIAS Y MECANISMOS PARA RESOLVER CONTROVERSIAS

El principio de transparencia junto con los de *trato nacional* y *trato de nación más favorecida* permea todo el tratado y deberá regir todos los aspectos de las relaciones derivadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.¹ El objetivo de la transparencia es que todas las medidas² que lleven a cabo las Partes del TLC sean cristalinas, es decir, que no encubran objetivos contrarios al libre comercio. Para esto, toda medida deberá estar debidamente motivada, ser congruente al libre comercio y, en lo posible, anunciada y explicada a las otras Partes con anticipación. Puede considerarse que el principio de transparencia es un principio para la prevención de controversias.

¹ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLC) fue firmado el 17 de diciembre de 1992 por los presidentes de México y Estados Unidos y el Primer Ministro de Canadá. Según su artículo 2203 "Entrada en vigor" debe entrar en vigor el 1 de enero de 1994, después de haberse completado los trámites internos necesarios en cada Parte. Respecto a los principios del TLC ver el Preámbulo y artículo 102 "Objetivos".

² El artículo 201 "Definiciones de aplicación general" establece que el término "medida" incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento o práctica. Así deberá entenderse en este artículo.

Una manifestación de este principio es que dieciséis capítulos del TLC establecen la obligación de los gobiernos de celebrar consultas entre sí sobre diversos temas y se crean grupos de trabajo o comités.

La obligación de consultar trae dos beneficios principales. El primero es que se previene el surgimiento de controversias mediante la temprana detección y resolución de diferencias entre las Partes. El segundo es que abre canales de comunicación entre las Partes, lo cual facilitará la evolución de las normas del TLC de conformidad con las circunstancias.

Además de los mecanismos consultivos para la prevención de controversias, el TLC establece tres mecanismos para resolver diferentes controversias. El Capítulo XI "Inversión" en su sección B establece un mecanismo para resolver controversias relativas a inversiones. El Capítulo XIX es un mecanismo para la revisión y solución de controversias en materia de cuotas compensatorias por dumping o subsidios; y por último, el Capítulo XX establece un mecanismo para la solución de controversias entre las Partes, derivadas de la aplicación e interpretación del TLC.

2. CAPÍTULO XI, SECCIÓN B: MECANISMO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE Y UN INVERSIONISTA DE OTRA PARTE

2.1 El Capítulo XI del TLC

El Capítulo XI "Inversión" se divide en dos secciones. La Sección A (Inversión) es un conjunto de reglas negociadas trilateralmente que reconocen la íntima relación entre comercio e inversión y regulan en detalle la conducta de cada Parte respecto a la inversión en su territorio de los nacionales de otras Partes.

La Sección B es el mecanismo para resolver controversias entre los nacionales (individuos o compañías) de una Parte que invierten en el territorio de otra Parte y el gobierno de la Parte que recibe tal inversión. Este mecanismo brindará seguridad jurídica al inversionista y evitará que una controversia entre un inversionista particular y un gobierno se transforme en una controversia entre gobiernos.

2.2 Marco jurídico mexicano para el mecanismo

El marco jurídico mexicano básico para este mecanismo está integrado por la Constitución; la Ley sobre la Celebración de Tratados (artículos 8, 9, 10 y 11, en adelante Ley de Tratados);³ el título sobre el procedimiento arbitral del Código de Comercio; las disposiciones sobre sentencias, laudos arbitrales privados y demás resoluciones extranjeras del Código Federal de Procedimientos Civiles; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York);⁴ la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá);⁵ la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros de 1979⁶ y la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de 1984.⁷

2.3 Naturaleza del mecanismo

Se trata de un mecanismo arbitral, alternativo a los sistemas judiciales de cada Parte. Es decir, queda a elección del inversionista someter su demanda ante los tribunales nacionales del país en el que invierte o seguir los procedimientos de este mecanismo.

Este mecanismo es único. No existe otro tratado de libre comercio e inversión que incluya un mecanismo similar. El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y EU⁸ (FTA por su nombre en inglés) no incluye un mecanismo como éste. Los tratados bilaterales de inversión

³ Diario Oficial de la Federación (en adelante D.O.), 2 de enero de 1992.

⁴ Firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958, D.O., 22 de junio de 1971. Texto puede encontrarse en PÉREZ NIETO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, quinta edición (Editorial Harla, México, 1991), p. 418.

⁵ Firmada el 30 de enero de 1975, D.O., 27 de abril de 1976. Texto también se encuentra en *ibid.*, p. 373.

⁶ Firmada el 8 de mayo de 1979, D.O., 29 de abril de 1983. Texto también se encuentra en *ibid.*, p. 440.

⁷ Firmada el 24 de mayo de 1984, D.O. 28 de agosto de 1987. Texto también se encuentra en *ibid.*, p. 445.

⁸ El TLC regirá la relación comercial entre Canadá y EUA, excepto cuando el propio TLC remita al FTA. El texto del FTA se puede encontrar en: ZAMORA, S. y BRAND, R., *International Economic Law*, first edition (CCH International, Chicago, 1990), v. II p. 359.

contienen pocas reglas propias sobre la solución de controversias. Estas reglas generalmente remiten a reglamentos de arbitraje en otros tratados.

La naturaleza del mecanismo y su novedad en el sistema jurídico mexicano hacen necesario considerar por lo menos dos aspectos a la luz de la Constitución mexicana.

A) El primer aspecto se refiere al artículo 27, I de la Constitución (Cláusula Calvo) que establece:

"...Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de minas o aguas. *El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al Convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.* En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas".

La Cláusula Calvo fue concebida como un instrumento legal contra la intervención extranjera: prohíbe al extranjero solicitar la protección de su gobierno e impide que goce de privilegios respecto de los mexicanos.

El artículo 8 de la Ley sobre la Celebración de Tratados autoriza la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales que incluyan mecanismos internacionales para la solución de controversias, incluso aquellos por los que se resuelvan controversias entre gobiernos y nacionales de otro Estado. No se consideran contrarios a la Cláusula Calvo constitucional porque en ningún momento permiten la protección diplomática ni el trato preferencial al extranjero.⁹

⁹ Sobre el tema, la Cámara de Diputados de la República señaló en su dictamen sobre la iniciativa del Presidente de una Ley de Tratados: "Debe destacarse que el principio conocido como 'Cláusula Calvo', no se altera con la presente Ley, en la inteligencia de que, al someterse a un mecanismo internacional de solución de controversias, en modo alguno podría pensarse que se está invocando la protección de un gobierno extranjero". Ver Secretaría de Relaciones Exteriores, *Ley de Tratados*, primera edición (SRE, México, 1992), p. 75.

Por el contrario, estos mecanismos fortalecen el espíritu de la Cláusula Calvo, ya que un gobierno extranjero que pacta dichos mecanismos, de hecho hace una renuncia legítima a invocar la protección diplomática de sus nacionales. Es decir, si el extranjero no logra establecer su razón legal en dichos mecanismos, su gobierno no tendría derecho a ejercer la protección diplomática.

B) El segundo aspecto constitucional se refiere al principio de igualdad que consagra la Constitución. En apariencia el mecanismo que se estudia podría ser interpretado como que no observa el principio de igualdad porque en circunstancias similares, el inversionista mexicano en México no tendría las mismas acciones procesales que los inversionistas de Canadá y Estados Unidos en México.

Esta percepción de desigualdad sólo tiene significado si se acepta como premisa válida que los inversionistas nacionales y extranjeros son jurídicamente iguales en México. El hecho es que en el derecho interno mexicano, como en el de Canadá y Estados Unidos, existen sectores en los que se regula de manera diferente la inversión, dependiendo de que el inversionista sea nacional o extranjero. Inclusive en los tres países existen áreas en las que no se admite la inversión extranjera. Así, no existe una igualdad absoluta entre inversionistas nacionales y extranjeros.

Un objetivo de negociar el capítulo sobre inversión del TLC es precisamente asegurar que los inversionistas en países extranjeros puedan, en ciertas circunstancias, tener acceso a órganos de decisión imparciales e independientes del Estado. Así, los inversionistas mexicanos en Canadá y Estados Unidos gozarán de derechos procesales optativos, que garantizan dicha imparcialidad e independencia.

La premisa para determinar si existe igualdad entre mexicanos y extranjeros en el TLC, es que el principio de reciprocidad internacional sea observado plenamente, tal como lo establece el artículo 8º, III de la Ley de Tratados. El mecanismo del Capítulo XI "Inversión" del TLC asegura la igualdad procesal de los inversionistas al otorgar a los inversionistas de una Parte en el territorio de otra Parte, derechos procesales equivalentes. De este modo, cada país otorga a los inversionistas de los otros países los mismos derechos que esos países otorgan a sus nacionales, y así se cumple con el principio de reciprocidad internacional.

2.4 *Ámbito de aplicación del mecanismo*

Para someter una reclamación conforme a este mecanismo será necesario que el inversionista haya sufrido daños o pérdidas a consecuencia de la violación que se reclama y que no hayan transcurrido más de tres años desde que los hechos que motivan la reclamación tuvieron lugar o desde que el inversionista debió darse cuenta de los daños o pérdidas.

Los inversionistas de una Parte que podrán someter una reclamación por violaciones de otra Parte pueden actuar por cuenta propia o en representación de una empresa que sea de su propiedad o esté bajo su control.¹⁰ Los inversionistas en servicios financieros también tienen acceso a este mecanismo.¹¹

Sólo podrá iniciarse el arbitraje después de que los involucrados en la controversia hayan intentado resolver la controversia mediante negociación y consultas.¹² Después de seis meses de que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la reclamación y si la controversia no se resolvió durante las consultas, podrá darse inicio al arbitraje. Aun cuando las consultas no fructifiquen en una solución, las negociaciones son útiles porque pueden preparar el arbitraje.

Para evitar que se presenten reclamaciones paralelas por la misma supuesta violación, se establece la acumulación de procedimientos cuando un inversionista que no tiene el control de la empresa reclame en nombre propio y el que controla la empresa reclame en representación de ésta.

2.5 *Elección del reglamento de arbitraje*

El reclamante puede escoger uno de los siguientes tres reglamentos de arbitraje: el del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); el del Mecanismo Complementario del CIADI; o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para

¹⁰ Artículo 1116: "Demanda del inversionista de una Parte, por cuenta propia", artículo 1117: "Demanda del inversionista de una Parte, en representación de una empresa".

¹¹ Capítulo 14: "Servicios Financieros", artículo 1415: "Controversias sobre inversión en materia de servicios financieros". Este artículo establece algunas reglas especiales para el caso de controversias en las que la Parte contra la que se reclama invoque el artículo 1410: "Excepciones".

¹² Artículo 1118: "Solución de controversias mediante consulta y negociación".

el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El reglamento que escoja se aplicará en todo lo no reglamentado en la propia Sección B del Capítulo XI del TLC.¹³

El CIADI es una institución arbitral que depende del Banco Mundial y se constituyó en 1965, mediante la firma del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.¹⁴ Actualmente más de 100 países incluyendo la mayoría de los países desarrollados, son miembros de la institución.

El sistema del CIADI es un sistema especializado. La jurisdicción del Centro se limita a controversias legales relativas a inversiones de un nacional de un país miembro del CIADI en el territorio de otro país miembro. La jurisdicción del Centro está necesariamente sujeta al consentimiento expreso de los involucrados en la controversia.

México no ha firmado ni ratificado el Convenio del CIADI. Canadá tampoco es miembro del mismo. Ser Partes del TLC no implicará que Canadá y México se hagan miembros del CIADI. Conforme al TLC, sólo puede seguirse el Reglamento del CIADI si tanto el país del inversionista como el país en el que invirtió, son Partes tanto del TLC como del CIADI.

El Mecanismo Complementario del CIADI es un mecanismo creado en 1978 para que el CIADI pudiera administrar, a solicitud de los interesados, procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados cuando alguno de los Estados no es Parte del CIADI. Cuando se hace uso del mecanismo complementario se aplica un reglamento especial que es muy similar al del CIADI. México y Canadá sí podrán ser llevados a resolver una controversia conforme a este mecanismo.¹⁵

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no es un tratado o una convención, sino un conjunto de reglas para arbitrajes comerciales preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y adoptadas en 1976 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. El Reglamento puede ser usado por cualquier país o persona. Es uno de los reglamentos de arbitraje comercial internacional más comúnmente empleados.¹⁶

¹³ Artículo 1120: "Sometimientto de la reclamación al arbitraje".

¹⁴ Texto del CIADI, en: Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje: Privatización de la Justicia*, primera edición (Editorial Themis, México, 1990), p. 336.

¹⁵ CIADI, Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos (Doc. CIADI/11/Rev. 1).

¹⁶ ZAMORA, *op. cit.*, v. II, p. 1019.

2.6 Consentimiento de las partes involucradas

El inversionista reclamante debe consentir por escrito o someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos del TLC. Además debe renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante los tribunales judiciales o administrativos de la Parte contra la que reclama. En el caso de reclamaciones de un inversionista en representación de una empresa se exige el consentimiento tanto del inversionista como de la empresa, así como la renuncia a iniciar o continuar procedimientos ante los tribunales judiciales o administrativos de la Parte contra la que se reclama.¹⁷

En cuanto al consentimiento de la Parte contra la que se reclama para someterse al arbitraje, éste se ha dado en el artículo 1122, de manera que al surgir una determinada controversia y darse las circunstancias exigidas, la Parte tendrá que someterse al arbitraje.

2.7 Integración del tribunal arbitral

Los tribunales arbitrales se integrarán con tres miembros. El reclamante deberá nombrar uno, la Parte contra la que se reclama deberá nombrar otro y el tercero, que será el Presidente del Tribunal, deberá ser nombrado por común acuerdo. En caso de no lograrse integrar el Tribunal, se establecen reglas especiales para que el Secretario General del CIADI haga los nombramientos, preferentemente de la lista de árbitros que las Partes del TLC deben preparar antes de su entrada en vigor. También será el Secretario General del CIADI quien nombre el Tribunal cuando se acumulen procedimientos.¹⁸

2.8 El derecho aplicable

El derecho aplicable para decidir las controversias sometidas a este mecanismo será el derecho internacional y las disposiciones del TLC. Cualquier interpretación que la Comisión de Libre Comercio (*infra*

¹⁷ Artículo 1121: "Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral."

¹⁸ Artículo 1123: "Número de árbitros y método de nombramiento"; artículo 1124: "Integración del tribunal en caso de que una Parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral".

4.3 haga sobre el TLC, será obligatoria para cualquier Tribunal establecido conforme a este mecanismo.¹⁹

2.9 El laudo arbitral

El laudo del Tribunal arbitral será obligatorio y sus efectos serán únicamente respecto al caso concreto. Cuando un laudo sea desfavorable para la Parte del TLC, el Tribunal sólo podrá ordenar la restitución de la propiedad o en lugar de ésta, el pago de daños pecuniarios y el interés que proceda. En casos en que el reclamante sea un inversionista en representación de la empresa, el laudo debe disponer que el pago de daños e intereses o la restitución de la propiedad, se pague a la empresa, sin perjuicio de los derechos que los inversionistas de la empresa tengan conforme al derecho interno respecto a ese pago o restitución. Se prohíbe expresamente el pago de daños punitivos.²⁰

Las Partes estarán obligadas a hacer cumplir los laudos en su territorio. En caso de que no se cumpla un laudo, la Parte de la cual el inversionista reclamante es nacional, tiene derecho a iniciar procedimientos conforme al Capítulo XX del TLC que establece el mecanismo para resolver controversias entre las Partes (*infra* 4).

3. CAPÍTULO XIX: REVISIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE ANTIDUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS

3.1 Antecedentes

El neo-proteccionismo que aqueja al comercio internacional actual se manifiesta principalmente en la aplicación unilateral de medidas antidumping o cuotas compensatorias conforme al derecho interno de cada país. La comunidad internacional ha fracasado en encontrar reglas sustantivas comunes en estas materias.

En la Ronda Tokio del GATT, se lograron negociar el Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT (Código Anti-dumping) y el Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de

¹⁹ Artículo 1131: "Derecho aplicable".

²⁰ Artículo 1135: "Laudo definitivo".

los artículos VI, XVI y XXIII del GAT (Código de Subsidios).²¹ En estos Códigos se incluyen mecanismos para resolver controversias entre Estados en materia de la aplicación de cuotas compensatorias por dumping y subsidios.

El Capítulo XIX del FTA estableció un sistema especial para la solución de controversias en materia de antidumping y de cuotas compensatorias. Este modelo lo sigue el Capítulo XIX del TLC, pero en este caso se agregaron algunas novedades importantes. Entre las novedades que resaltan está el hecho de que no tenga una vigencia limitada (el sistema del FTA sólo estaría vigente por siete años), la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel y las reglas sobre las consultas entre las Partes.

3.2 Aplicabilidad del derecho interno de cada Parte

Las Partes conservan su derecho interno en materia de antidumping y cuotas compensatorias y podrán aplicarlo a los bienes que se importan de los territorios de cualquiera de las otras Partes. Además las Partes podrán modificar su derecho interno en la materia. Sin embargo, las reformas sólo se aplicarán a las mercancías de las otras Partes cuando así se especifique en el texto de la propia reforma.

Además, la Parte que lleva a cabo la reforma deberá notificarla por escrito con la mayor anticipación posible a la fecha de su aprobación legislativa a las Partes a las que se aplique. Si lo solicitan las Partes a las que se aplicaría la reforma, se deberán llevar a cabo consultas. La reforma, en lo aplicable a las otras Partes, no podrá ser incompatible con el GATT, el Código Antidumping y el Código de Subsidios, ni con el objeto y finalidad del TLC y su Capítulo XIX.²²

3.3 Ámbito de aplicación del Capítulo XIX

El Capítulo XIX del TLC se aplicará en dos situaciones: primero, servirá para revisar las reformas a las leyes en materia de antidumping

²¹ Texto en: WITKER, Jorge, *Códigos de Conducta Internacional del GATT Suscritos por México*, primera edición (UNAM, México, 1988), pp. 7 y 183. El Código Antidumping fue suscrito por México, D.O., 21 de abril de 1988. El Código de Subsidios no ha sido suscrito por México, aunque sí quedó reflejado en la Ley Reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²² Artículo 1902: "Vigencia de las disposiciones jurídicas internas en materia de antidumping y cuotas compensatorias".

o cuotas compensatorias que se aprueben después de su entrada en vigor; y, segundo, para revisar las resoluciones definitivas de una autoridad investigadora competente que se dicten después de la entrada en vigor del TLC.

Las autoridades investigadoras competentes son: y en México, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; en Canadá, el "Canadian International Trade Tribunal" y el "Deputy Minister of National Revenue [for Customs and Excise]", en EU, la "International Trade Administration of the Department of Commerce" o la "United States International Trade Commission".

3.4 La revisión de reformas legislativas en materia de antidumping y cuotas compensatorias

El sistema de revisión de las reformas legislativas en materia de antidumping y cuotas compensatorias permite a la Parte sobre la cual se aplique una reforma de este tipo, someter la reforma a revisión por un panel binacional. El panel emitirá una opinión declarativa sobre si la reforma se apega a las disposiciones del Capítulo XIX y sobre si su función o efecto de la reforma es revocar una resolución de un panel constituido conforme a este capítulo, con anterioridad.²³

El panel establecerá sus propias reglas de procedimiento, salvo que las Partes acuerden otra cosa. Sin embargo, el procedimiento debe asegurar derecho a cuando menos una audiencia y a presentar argumentos y réplicas por escrito. Dentro de un periodo de 90 días, el panel deberá presentar un informe preliminar a las Partes. Las Partes tendrán derecho a presentar al panel por escrito una declaración sobre aquello en lo que no estén de acuerdo con el informe. El panel revisará su opinión y posteriormente presentará su opinión declarativa definitiva.²⁴

El panel podrá recomendar la manera en que podría corregirse la reforma. En este caso las Partes iniciarán consultas para resolver el asunto. Si no logran un acuerdo satisfactorio, ni se corrige la situación de conformidad con lo señalado por el panel, la Parte agraviada podrá adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables a

²³ Artículo 1903: "Revisión de las reformas legislativas", párrafo 1.

²⁴ Artículo 1903, párrafo 2; anexo 1903.2.

aquellas que el panel consideró contrarias al TLC, o denunciar el tratado respecto a la Parte que hizo la reforma.²⁵

3.5 La revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias

El sistema de revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias es alternativo a la revisión judicial de tales resoluciones. Así, el particular que se siente agraviado por una resolución definitiva tiene la opción de solicitar a su gobierno que inicie procedimientos conforme a este capítulo o recurrir, él mismo, a la revisión judicial que proceda conforme al derecho interno de la Parte donde se emitió la resolución (Parte importadora). Una vez iniciado un procedimiento ante panel no podrá iniciarse la revisión judicial ante tribunales domésticos de la Parte importadora. Asimismo, si ya existe una sentencia definitiva revisada judicialmente, no procederá la revisión ante panel.²⁶

Sólo las Partes pueden solicitar la integración de un panel, es decir, los procedimientos son entre gobiernos exclusivamente. Pueden solicitarla por iniciativa propia, y están obligadas a hacerlo cuando se los solicite una persona que conforme al derecho interno de la Parte importadora podría iniciar los procedimientos internos de revisión judicial de la resolución definitiva.²⁷

El panel revisará con base en el expediente administrativo la resolución definitiva emitida por la autoridad investigadora competente de una Parte importadora. Su tarea será determinar si esa resolución fue tomada de conformidad con el derecho interno aplicable. Se considera que el derecho interno incluye las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, las reglamentaciones, las prácticas administrativas y los precedentes judiciales. El panel deberá aplicar los criterios de revisión y los principios generales de derecho que el tribunal de la Parte importadora aplicaría para la revisión judicial.²⁸

²⁵ Artículo 1903, párrafo 3.

²⁶ Artículo 1904: "Revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias", párrafos 1, 11 y 12.

²⁷ Artículo 1904, párrafo 5.

²⁸ Artículo 1904, párrafo 2.

3.6 Integración de los paneles

Los paneles para efectos tanto de la revisión de reformas legislativas como de la revisión de resoluciones definitivas, se integrarán de la misma manera. Las Partes deberán elaborar una lista de setenta y cinco posibles panelistas, de los cuales cada Parte seleccionará veinticinco.

El panel se integra con cinco miembros, dos nombrados por cada Parte y el quinto nombrado por acuerdo entre ambas Partes. De no lograr el acuerdo, se sorteará cuál de ellas lo nombrará.²⁹

3.7 Reglas de procedimiento

Las Partes deben adoptar las Reglas de Procedimiento a más tardar el 1º de enero de 1994. Las reglas deberán seguir los criterios señalados en el propio Capítulo XIX. Entre estos criterios se establece que los particulares deben tener acceso al procedimiento, incluso representados por abogados; que la información confidencial que se presente durante el procedimiento se debe proteger; y, que el procedimiento no podrá durar más de 315 días.³⁰

3.8 Fallo del panel

El fallo del panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad que la emitió con el fin de que adopte medidas no incompatibles con la decisión del panel. Si la devuelve fijará el menor plazo razonablemente posible para el cumplimiento de lo dispuesto en la devolución. El panel también podrá revisar la medida adoptada por la autoridad investigadora competente en cumplimiento de la devolución.³¹

El fallo del panel será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto que se haya sometido al panel. Las Partes no podrán establecer en su derecho interno la posibilidad de impugnar ante sus tribunales una resolución de un panel.³²

²⁹ Artículo 1901, párrafo 2; anexo 1901.2.

³⁰ Artículo 1904, párrafo 14.

³¹ Artículo 1904, párrafo 8.

³² Artículo 1904, párrafos 9 y 11.

3.9 El procedimiento de impugnación extraordinaria

El Capítulo XIX también establece un Procedimiento de impugnación extraordinaria, que podrá iniciar una Parte cuando considere que un miembro del panel violó el Código de conducta al cual deberán sujetarse los panelistas; o, que el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental del procedimiento; o, que el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción. El procedimiento se llevará ante un Comité de impugnación extraordinaria integrado por tres miembros. Las resoluciones del Comité serán obligatorias para las Partes y podrán anular el fallo del panel, devolverse para su revisión, o confirmarlo.³³

3.10 La salvaguarda del sistema de revisión ante el panel

Una de las grandes novedades del mecanismo es la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel. La salvaguarda busca proteger el mecanismo de la posibilidad de que alguna Parte a través de la aplicación de su legislación impida su funcionamiento efectivo en cualquier etapa del procedimiento. Si una Parte considera que se ha dado esta situación solicitará consultas a la Parte que supuestamente impide el funcionamiento del procedimiento.³⁴

Si las consultas fracasan, la Parte reclamante podrá solicitar la instalación de un Comité especial. Éste se integrará como se integra el Comité de impugnación extraordinaria. Las Reglas de procedimiento de los comités especiales deberán ser preparadas por las Partes para el 1º de enero de 1994. Estas deberán asegurar el derecho de audiencia de las Partes y la oportunidad de presentar comunicaciones y réplicas escritas. Los comités deberán presentar a las Partes un informe preliminar y posteriormente su resolución final.³⁵

Si el Comité formula un dictamen positivo, la Parte reclamante y la contra la que se reclama iniciarán consultas para tratar de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si no logran esta solución, la Parte

³³ Artículo 1904, párrafo 13; anexo 1904.13. El FTA establece un mecanismo de revisión extraordinaria muy similar a éste, el cual sólo ha sido solicitado en el Caso de la Carne de Puerco Canadiense. Texto de la decisión en: [30 International Legal Materials 1159 (1991)].

³⁴ Artículo 1905: "Salvaguarda del sistema de revisión ante el panel", párrafo 1.

³⁵ Artículo 1904, párrafos 2, 3, 4, 5 y 6; anexo 1905.6.

reclamante podrá suspender respecto de la otra Parte la aplicación del mecanismo de revisión de resoluciones definitivas o la aplicación de aquellos beneficios derivados del TLC que las circunstancias ameriten. Si se suspende la aplicación del mecanismo de revisión de resoluciones definitivas, la otra Parte podrá suspenderlo recíprocamente.³⁶

El Comité, podrá reunirse de nuevo si lo solicita la Parte demandada para determinar si la suspensión de beneficios es ostensiblemente excesiva, o si la Parte demandada ha corregido el problema respecto al cual el Comité, formuló el dictamen positivo. Si el Comité, concluye que el problema ha sido corregido, deberá terminarse la suspensión del mecanismo de revisión de resoluciones definitivas o la suspensión de beneficios.³⁷

3.11 Los procesos de consulta entre las Partes

Otro aspecto novedoso del Capítulo XIX es el "sistema institucional"³⁸ de consultas que establece el artículo 1907 "Consultas". Las Partes deberán consultar anualmente o cuando lo solicite alguna de ellas para examinar cualquier problema que resulte de la ejecución u operación del Capítulo. En las consultas participarán funcionarios de las autoridades investigadoras de las Partes.

Las Partes también consultarán sobre la posibilidad de desarrollar reglas y disciplinas más eficaces sobre subsidios gubernamentales; y, sobre la posibilidad de un sistema sustituto de reglas para tratar las prácticas transfronterizas desleales de precios y el otorgamiento de subsidios.

Finalmente, funcionarios de las autoridades investigadoras consultarán sobre la administración de las leyes antidumping y de cuotas compensatorias, en la Comisión de Comercio Exterior (integrada por representantes de los tres países) por lo menos anualmente.

³⁶ Artículo 1905, párrafos 7, 8 y 9.

³⁷ Artículo 1905, párrafos 10 y 11.

³⁸ TREVIÑO, Julio, "La Solución de Controversias sobre Antidumping y Cuotas Compensatorias en el Capítulo 19 del TLC", p. 12. Artículo próximo a ser publicado, presentado durante el seminario Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado en la Universidad Iberoamericana, en febrero de 1993.

4. CAPÍTULO XX: DISPOSICIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

4.1 El Capítulo XX

El Capítulo XX se divide en tres secciones. La Sección A "Instituciones" (*infra* 4.2) se refiere a la Comisión de Libre Comercio (la Comisión) y al Secretariado. La Sección B "Solución de controversias" (*infra* 5.3 al 5.13) se refiere al procedimiento para resolver controversias entre las Partes del TLC. La Sección C "Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas" (*infra* 5.14) incluye reglas sobre la interpretación del TLC en tribunales internos y otras disposiciones que fomentarán el uso del arbitraje comercial para la solución de controversias entre particulares.

Sección A - Instituciones

4.2 La Comisión y el Secretariado

La Comisión será la institución central del TLC, responsable de supervisar su implementación y desarrollo progresivo, resolver controversias, supervisar la labor de los diferentes comités y grupos de trabajo establecidos en diversos capítulos del TLC y conocer cualquier otro asunto que pueda afectar su operación. Se integra por representantes gubernamentales a nivel de gabinete presidencial.³⁹

La Comisión no será un organismo supranacional. Como institución depende de la voluntad de las Partes, no puede funcionar autónomamente. Son las Partes las que aplicarán el TLC en sus territorios, las que consultarán en la Comisión cuando menos una vez al año y las que podrán convocar sus reuniones. La Comisión sin la voluntad de las Partes no puede actuar, porque salvo que ésta decida otra cosa, todas las decisiones de la Comisión se tomarán por consenso.

El Secretariado se integrará por Secciones nacionales que cada Parte deberá establecer. Cada Sección será el punto focal donde se concentrarán las actividades diarias de la Comisión. El Secretariado deberá apoyar administrativamente a los paneles, comités y grupos que se establezcan.⁴⁰

³⁹ Artículo 2001: "La Comisión de Libre Comercio".

⁴⁰ Artículo 2002: "El Secretariado".

Sección B - Solución de controversias

4.3 Los medios para la solución pacífica de controversias entre Estados

En derecho internacional existen diferentes medios pacíficos para la solución de controversias entre Estados. Algunos de estos son las negociaciones y las consultas, la investigación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial. Las características particulares de cada conflicto determinan el medio ideal para resolverlo. Cada medio puede funcionar independientemente de los otros, de manera que la aplicación de uno solo puede ser suficiente para resolver determinado conflicto.⁴¹

Sin embargo, la complejidad del conflicto puede hacer necesario el empleo de diversos medios. Un procedimiento para la solución de controversias se crea con el objeto de prevenir o asegurar la expedita resolución de controversias mediante la integración de esos medios. Así, el procedimiento establecido en el Capítulo XX del TLC tiene etapas de negociación y consultas, buenos oficios y conciliación y arbitraje, de manera que los conflictos podrán resolverse en cualquiera de esas etapas.

4.4 Ámbito de aplicación del mecanismo

Respecto a la solución de controversias, el Capítulo XX establece la obligación de las Partes de cooperar entre sí y consultarse para alcanzar acuerdo sobre la interpretación y aplicación del TLC, y así llegar a soluciones mutuamente satisfactorias sobre cualquier asunto que pueda afectar su operación.⁴²

Todas las controversias derivadas de la interpretación o aplicación del TLC podrán ser resueltas conforme a los procedimientos del Capítulo XX. Únicamente se exceptuaron de la aplicabilidad de este capítulo las controversias relacionadas con antidumping y cuotas compensatorias. Incluso las controversias relacionadas con servicios finan-

⁴¹ "Manual sobre el Arreglo Pacífico de Controversias entre Estados", anexo al informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización (A/46/33).

⁴² Artículo 2003: "Cooperación".

cieros son dirimibles conforme a este capítulo,⁴³ a diferencia del FTA que las excluía expresamente.⁴⁴

Este capítulo también es aplicable a controversias derivadas de medidas existentes o en proyecto de una Parte que puedan causar anulación o menoscabo a otra Parte. El concepto de anulación o menoscabo permitirá a una Parte iniciar un procedimiento cuando considere que una medida de otra Parte, aún sin ser violatoria del TLC, le impide gozar algún beneficio que razonablemente podría esperar conforme al TLC.⁴⁵

4.5 Elección del foro

Siendo que las Partes del TLC son miembros del GATT, potencialmente podrán surgir controversias que sean dirimibles tanto conforme a los procedimientos del TLC como conforme a los del GATT. Para evitar que una controversia sea dirimida en los dos foros, se estableció que la Parte que inicie un procedimiento podrá elegir el foro al cual someterá la controversia. Si son varias las Partes demandantes, éstas deberán acordar el foro y si no hay acuerdo, normalmente se preferirá el del TLC. Una vez escogido un foro, el otro queda excluido.⁴⁶

En virtud de que las disposiciones del TLC son más detalladas en materia ambiental que las del GATT, cuando haya una controversia basada en una cuestión ambiental, la Parte demandada podrá exigir que se dirima conforme al TLC.⁴⁷ Esto es especialmente relevante en virtud del artículo 104 "Relación con tratados en materia ambiental y de conservación" que establece que en caso de contradicción entre el TLC y las obligaciones específicas en materia comercial establecidas en ciertos tratados ambientales, las obligaciones en éstos prevalecerán sobre las del TLC.

⁴³ Artículo 1414: "Solución de controversias", párrafo 1.

⁴⁴ FTA, Article 1801: "Application".

⁴⁵ Artículo 2004: "Recurso a los procedimientos de solución de controversias", anexo 2004: "Anulación y menoscabo". El origen de este concepto es el artículo XXIII del GATT. Ver: JACKSON, John, *World Trade and the Law of the GATT*, first edition (USA, The Michie Company, 1969), pp. 179-183.

⁴⁶ Artículo 2005: "Solución de controversias conforme al GATT".

⁴⁷ Artículo 2005, párrafos 3 y 4.

4.6 Consultas entre gobiernos y ante la Comisión

El procedimiento exige que las controversias primero se ventilen a nivel de consultas entre los gobiernos interesados. Las Partes consultantes están obligadas a hacer lo posible por resolver la diferencia.⁴⁸

Si las consultas fracasan, cualquiera de las Partes involucradas podrá solicitar que se reúna la Comisión para estudiar la controversia y tratar de encontrar una solución. La Comisión puede convocar expertos, o formar grupos de trabajo; o recurrir a los buenos oficios, la mediación u otros medios pacíficos para la solución de controversias; y hacer recomendaciones de solución.

Si el asunto no se resuelve en la Comisión, entonces cualquiera de las Partes en la controversia podrá solicitarle a la misma que integre un panel. La Comisión estará obligada a integrar dicho panel, de manera que ninguna Parte podrá bloquear la continuación del mecanismo.⁴⁹ Esta es una de las características más trascendentales del mecanismo, ya que en otros foros que funcionan por consenso, como el GATT, un solo miembro puede bloquear la adopción de resoluciones para iniciar procedimientos negando sistemáticamente su consentimiento.

4.7 Principio de unicidad de las controversias

La multilateralidad del TLC implicará la posibilidad de que surjan controversias multilaterales. Sin embargo, no todas las controversias posibles tendrán ese carácter. La experiencia en el GATT enseña que la multilateralización de controversias jurídicas puede dificultar su solución.

Por otro lado, no es conveniente que se presenten varias controversias de carácter bilateral sobre el mismo asunto, porque podrían ser resueltas de manera diferente e incluso contradictoriamente.

El mecanismo fomenta la unicidad de procedimientos sobre el mismo asunto. Así, si una tercera Parte considera tener interés sustancial en un asunto, tendrá derecho a participar como reclamante. Si decide no adherirse al procedimiento, deberá normalmente abstenerse de iniciar o continuar un procedimiento conforme al TLC o en el

⁴⁸ Artículo 2006: "Consultas".

⁴⁹ Artículo 2007: "La Comisión-buenos oficios, conciliación y mediación".

GATT, respecto al mismo asunto. Sólo en el caso de que surja un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales podría la tercera Parte, iniciar otro procedimiento. No obstante, las Partes sí tendrán en todo momento derecho a asistir a todas las audiencias, presentar comunicaciones escritas u orales y recibirlas.⁵⁰

4.8 Integración de los paneles por selección cruzada

Las Partes deberán integrar una lista de treinta individuos que podrán ser árbitros en los paneles. Los árbitros deberán tener conocimientos o experiencia en derecho, en comercio internacional o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales. También deberán distinguirse por su objetividad, confiabilidad y buen juicio, así como ser independientes y estar libres de toda vinculación con las Partes y no recibir instrucciones de las mismas.⁵¹ Las Partes deberán preparar otra lista de quince individuos que cuenten con las aptitudes y disposición necesarias para actuar como panelistas en materia de servicios financieros.⁵²

La integración de los paneles será con cinco miembros que no necesariamente tienen que estar incluidos en la lista. En el TLC se inventó un novedoso sistema de integración de paneles, la selección cruzada. Primero, las Partes nombrarán al Presidente, mismo que sólo puede ser ciudadano de una Parte involucrada si así lo acuerdan las Partes. Una vez nombrado el Presidente, operará la selección cruzada, de manera que cada Parte contendiente seleccionará dos árbitros que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

En controversias con dos Partes reclamantes, éstas nombrarán dos árbitros nacionales de la Parte contra la que reclaman y esta Parte nombrará un árbitro nacional de una Parte reclamante y otro nacional de la otra Parte reclamante.⁵³ Sin embargo, este artículo no resuelve cómo se integrarán los paneles cuando el TLC tenga más de tres Partes y se presenten controversias con más de tres Partes involucradas.⁵⁴

⁵⁰ Artículo 2008: "Solicitud de integración de un panel arbitral".

⁵¹ Artículo 2009: "Lista de panelistas".

⁵² Artículo 1414: "Solución de controversias", párrafos 2 y 3.

⁵³ Artículo 2011: "Selección del panel".

⁵⁴ El artículo 2204 "Accesión" permite la incorporación al TLC de cualquier país o grupo de países, de conformidad con los términos y condiciones que negocian con la Comisión de Libre Comercio.

En controversias en materia de servicios financieros, si las Partes así lo acuerdan pueden seleccionar únicamente árbitros expertos en derecho financiero, posiblemente de la lista de quince expertos. Si no lo acuerdan así, cada Parte puede seleccionar expertos en la materia ó árbitros conforme a las reglas del Capítulo XX. Finalmente, si la controversia es respecto al artículo 1410 "Excepciones", el Presidente del Panel necesariamente será experto en materia de servicios financieros.⁵⁵

4.9 Las Reglas Modelo de Procedimiento

El procedimiento se llevará a cabo conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento que deberá establecer la Comisión, salvo que las Partes involucradas dispongan otra cosa. Las Reglas necesariamente deberán garantizar que las Partes contendientes tengan derecho a por lo menos una audiencia ante el panel y la oportunidad de presentar por escrito alegatos y réplicas. También deberán proteger la confidencialidad de todas las actuaciones escritas u orales.⁵⁶

4.10 Controversias sobre asuntos de carácter técnico o científico

Cuando la controversia verse sobre asuntos de carácter técnico o científico el panel podrá llamar a expertos que le clarifiquen cuestiones de hecho. Asimismo, las Partes contendientes o el panel, salvo cuando aquellas se opongan, podrán solicitar un informe escrito sobre cualquier cuestión de hecho relativa al medio ambiente, la salud u otros asuntos científicos. El Comité de revisión científica deberá recibir la posición que le presenten las Partes respecto a los asuntos que se le sometan. Las Partes deberán recibir copia del informe del Comité. Este informe no es vinculatorio para el panel o las Partes.⁵⁷

4.11 El informe preliminar del panel

Una vez desahogadas todas las actuaciones escritas y orales necesarias, el panel presentará a las Partes un informe preliminar. Este

⁵⁵ Artículo 1414: "Solución de controversias", párrafo 4.

⁵⁶ Artículo 2012: "Reglas Modelo de Procedimiento".

⁵⁷ Artículo 2014: "Función de los expertos"; artículo 2015: "Comité de revisión científica".

deberá estar fundado en dichas actuaciones y todas las pruebas que se le hayan presentado. En el informe preliminar deberá incluir las conclusiones de hecho, la determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con el TLC y, en caso de que así se le haya solicitado, una determinación sobre si causa anulación o menoscabo. Las Partes podrán hacerle al Panel observaciones por escrito sobre el informe preliminar.

El informe preliminar permitirá que las Partes conozcan el sentido de su resolución antes de que se dicte de manera definitiva. El gran valor de este informe es que da oportunidad a las Partes para reconsiderar su posición y llegar a un acuerdo antes de la decisión final del panel.

4.12 La determinación final del panel

El panel deberá reconsiderar su informe y, si lo considera necesario, cambiarlo para presentar a las Partes contendientes su determinación final y con base en ésta deberán abocarse a resolver la controversia. De ser posible la solución de la controversia consistirá en la derogación o no ejecución de la medida que haya sido declarada incompatible con el TLC. Si no se logra una solución en este sentido, podrá optarse por una compensación.⁵⁸

4.13 La suspensión de beneficios

El efecto de la determinación final del panel es que si las Partes no logran un acuerdo, la Parte afectada tendrá derecho de suspender unilateralmente a la otra Parte, beneficios por un monto equivalente al daño que sufre.

La regla de la suspensión unilateral de beneficios equivalentes al perjuicio sufrido, se matizó con otras reglas que establecen criterios respecto a cómo efectuar tal suspensión. De ser posible, la suspensión deberá hacerse dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida declarada incompatible o que causa anulación o menoscabo. Sólo si no es factible la suspensión en esos sectores podrá hacerse en otros.

⁵⁸ Artículo 2017: "Determinación final"; artículo 2018: "Cumplimiento de la determinación final".

En cualquier caso en que un panel haya encontrado que una medida es incompatible con el TLC y que ésta afecta sólo al sector de servicios financieros, la suspensión sólo podrá ser en ese sector. Si se afectan el sector de servicios financieros y otro, la suspensión de beneficios en el sector financiero deberá ser equivalente al efecto de la medida en ese sector. Si la medida no afecta al sector de servicios financieros, no podrán suspenderse beneficios en el sector de servicios financieros.⁵⁹

Si una Parte contendiente considerara que el nivel de beneficios que le han sido suspendidos, es manifiestamente superior al daño que causa, podrá solicitar a la Comisión que instale un panel para determinar la equivalencia de la suspensión de beneficios con el perjuicio sufrido. El panel seguirá el procedimiento que se señale en las Reglas Modelo.

Este sistema de control parece trascendental porque sujeta la discrecionalidad de la Parte que suspenda beneficios a ciertos criterios. Esto contribuirá a que la suspensión de beneficios tenga el efecto de una compensación, y no el de una represalia.⁶⁰

Sección C - Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas

4.14 Interpretación del TLC ante tribunales domésticos y arbitraje comercial internacional privado

Finalmente en esta Sección se establece que cuando surjan cuestiones de interpretación del TLC en tribunales judiciales o administrativos de las Partes, podrá solicitarse que la Comisión se reúna para encontrar una interpretación aceptada por todas las Partes. Si la Comisión logra una interpretación, ésta debe presentarla a los tribunales relevantes. Si no se logra tal interpretación, todas las Partes tendrán derecho a presentar al tribunal su propia interpretación.⁶¹

Se establece que los particulares en el territorio de una Parte no podrán tener el derecho de demandar a otras Partes por violaciones al

⁵⁹ Artículo 1414: "Solución de controversias", párrafo 5.

⁶⁰ Artículo 2019: "Incumplimiento-suspensión de beneficios". El antecedente directo de estas novedosas reglas, mismas que no contenía el FTA, se encuentran en el Reporte Dunkel, que es la propuesta del Director General del GATT para terminar la Ronda Uruguay, el 20 de diciembre de 1991 (Doc. MTN:TNC/W/FA).

⁶¹ Artículo 2020: "Interpretación del Tratado ante instancias judiciales y administrativas internas".

TLC. Asimismo se dispone que los tribunales nacionales de las Partes no podrán juzgar sobre la licitud e ilicitud conforme al TLC de las acciones de otras Partes. Por último se fomenta el uso del arbitraje comercial internacional privado para la solución de controversias entre particulares, obligando a las Partes a asegurar la observancia, reconocimiento y ejecución en su territorio de laudos arbitrales privados.⁶²

Finalmente en esta Parte se establece que cuando surta efecto la interpretación del TLC en materia jurídica o administrativa de las Partes, podrá aplicarse la ley de la Parte que resulte aplicable para la resolución de la controversia. En caso de que la ley de la Parte que resulte aplicable para la resolución de la controversia no sea aplicable, se aplicará la ley de la Parte que resulte aplicable para la resolución de la controversia.

4.14 Interpretación del TLC para la solución de controversias entre particulares

Finalmente en esta Parte se establece que cuando surta efecto la interpretación del TLC en materia jurídica o administrativa de las Partes, podrá aplicarse la ley de la Parte que resulte aplicable para la resolución de la controversia. En caso de que la ley de la Parte que resulte aplicable para la resolución de la controversia no sea aplicable, se aplicará la ley de la Parte que resulte aplicable para la resolución de la controversia.

⁶² Artículo 2021: "Derecho de particulares"; artículo 2022: "Medios alternativos para la solución de controversias".

ÉMILE DURKHEIM: EL DERECHO COMO MORAL ESPECIALIZADA

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. 1. Parámetros mínimos. 1.1 El horizonte vital. 1.2 Los tópicos durkheimianos. 1.3 Una lectura contemporánea de Durkheim. 2. La Sociedad Moral. 2.1 Todo lo social es moral. 2.2 El dato de la moralidad. 2.3 La conciencia colectiva. 2.4 La moral mutable. 2.5 Entre la anomia y la autoridad. 3. El Estado y el Equilibrio Corporativo. 3.1 La voluntad desputada. 3.2 Sobre el mítico contrato social. 3.3 El "cerebro" social. 3.4 La relación Estado-Individuo-Corporación. 3.5 La democracia es un régimen de comunicación. 4. El Derecho como Moral Organizada. 4.1 ¿Derecho o moral? 4.2 La pena y los tipos sociales. 4.3 Un enfoque estrecho. 4.4 Crimen, Derecho y sentimiento. 4.5 Orden social y orden de las cosas. 4.6 Igualdad y desigualdad en los contratos.*

INTRODUCCIÓN

Los traslapes interdisciplinarios no son frecuentes, quizás por eso la sociología del derecho tenga dedicadas hasta ahora menos páginas de las que se merece. Pocos son los juristas que han logrado concretar obras desde la perspectiva sociológica; tampoco es frecuente que los sociólogos conviertan al derecho en objeto central de sus enfoques. Durkheim es, en este sentido, un autor privilegiado.

La obra durkheimiana, en la búsqueda de una moral laica e integradora, encontró en las referencias jurídicas un espacio concreto para el análisis de las fuerzas morales de la sociedad.

La elusión del Estado como referente central de orden dentro de las sociedades, abrió el pensamiento durkheimiano a la revisión de los mecanismos integradores de origen estrictamente social.

El enfoque del derecho desde la perspectiva del orden sugiere algunas vías no exploradas, que permiten penetrar el fenómeno jurídico en conexión con los procesos de institucionalización de la vida social.

1. PARÁMETROS MÍNIMOS

1.1 *El horizonte vital*

La vida de Durkheim inicia prácticamente —1853— con la segunda mitad del siglo XIX, si bien se extendió después hasta el año de 1917. Su muerte fue causada indirectamente por la tristeza que produjo en su ánimo el deceso de su hijo en el frente de batalla. Y, si alguien tuvo motivo para deprimirse por los trastornos cercanos de la guerra, fue, precisamente, Durkheim, quien en su obra había planteado como argumento constante la condena al caos y a los hechos bélicos. Su pensamiento en cambio, constituye una de las concepciones más acabadas sobre el orden y la autoridad.¹

Émile Durkheim recoge en su obra las mejores aportaciones de la sociología francesa; genealógicamente su pensamiento se liga a la obra de Toqueville, a la de Comte, pero sobre todo, a la de Saint-Simón. Sus interlocuciones críticas más directas las dirigió contra el utilitarismo inglés, contra los resultados metafísicos de la ética secularizada de Kant y, finalmente, contra Spencer y el darwinismo social.²

Es difícil establecer si a Durkheim cabe el calificativo de pensador conservador. Tampoco es fácil atribuirle la etiqueta de sociólogo progresista o revolucionario. Fue, en general, un estudioso que rechazó los extremos del desorden, pero nunca lo hizo desde la perspectiva del inmovilismo o de la reacción. Durkheim fue un hombre que vivió en los parámetros democráticos de la Tercera República; que se colocó de manera activa en el bando favorable a *Dreyfus* y que nunca cayó en la seducción del pensamiento moderno, en cuanto éste se planteó como una apología del individualismo y del mercado.³

A pesar de haber sido judío y, además, hijo de un rabino prominente, la vida de Durkheim transcurrió como la de cualquier académico exitoso de su tiempo. Gracias a los resultados de sus cursos y al éxito de sus trabajos pudo trascender el ámbito de la universidad provinciana y ocupar una plaza de profesor en la Universidad de París. De

¹ Vid. NISBET, Robert, *La Formación del Pensamiento Sociológico*, t. I (2 vols.), Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1978, pp. 200 a 215.

² Vid. EDWARD A. TIRYKIAN en el libro de Tom Bottomne y Robert Nisbet, *Historia del Análisis Sociológico*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1978, pp. 235 a 247.

³ Vid. GIDDENES, Anthony, *Introducción* al vol. *Emile Durkheim. Escritos Selectos*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1993, pp. 21 a 36.

su vida académica, amén de la publicación de sus obras consagradas, vale la pena mencionar su función como director de la revista *Année Sociologique*, en sus páginas pudo reunirse un grupo de sociólogos jóvenes, cuya generación iba a ser la más importante para la sociología francesa del siglo XX.⁴

1.2 *Los tópicos durkheimianos*

Entre las preocupaciones centrales del pensamiento de Durkheim debe ubicarse su propuesta científica para construir un sistema moral para garantizar el tránsito de la sociedad tradicional a la moderna. Las disensiones de la vida civil, el industrialismo y, por último, la Primera Guerra Mundial, son factores que revelan el carácter crítico en el que se encuentra la vida social. "Vivimos —dice Durkheim en un pasaje de la *Educación Moral*— en una de esas épocas revolucionarias y críticas en las cuales la autoridad debilitada de la disciplina tradicional puede dar lugar al espíritu de anarquía".⁵

La transformación de la vida social lleva a los grupos de la antigüedad, en la que predominó un tipo social de características comunitarias, a otro en el que prevalece una marcada tendencia a la individualización de los miembros. La complejidad de la vida social a partir de los efectos de la división del trabajo "no podría funcionar por medio de un sistema rígido de instintos ciegos". Era indispensable, en consecuencia, una adecuada valoración de la "inteligencia reflexiva" que permitiera ubicar correctamente el sentido y la necesidad de los procesos colectivos.⁶

Entre los fenómenos sociales juega un papel protagónico el de la formación de la *conciencia colectiva*. Antes que a cualquier otro dato distintivo Durkheim acude a la moralidad para identificar y explicar las peculiaridades de la vida social y, de los fenómenos morales, el que reúne mayor significación es la integración de la *conciencia colectiva*, pues a partir de ésta Durkheim explica la codificación de las relaciones sociales. En la conciencia colectiva se manifiesta con claridad el carácter constructivo de la acción social y, a partir de su manejo como categoría analítica, su autor consigue preservarse de las determinaciones apriorísticas y metafísicas de la filosofía social.

⁴ TIRYKIAN, Edward A., *op. cit.*, pp. 220 a 223.

⁵ DURKHEIM, Emile, *La Educación Moral*, México, Ed. Colofón, 1991, p. 66.

⁶ *Ibidem*, p. 82.

Así, en tanto la sociedad es comprendida como fenómeno moral, la moral es resuelta en sus caracteres normativos y reguladores de la conducta social. En el derecho, Durkheim reconoce un tipo específico de moralidad, cuyos rasgos positivos y exteriores facilitan el análisis del sociólogo, en su afán por esclarecer el sentido de la acción de los agentes sociales. El derecho concreta, desde esta perspectiva, los aspectos trascendentes de la conciencia colectiva; en sus mutaciones y acomodos son rastreables las vicisitudes de los procesos morales.

La trama durkheimiana apunta a una concepción del orden social como factor dinámico, es decir como equilibrio compuesto a partir de un cierto sentido moral que radica en la interacción de los sujetos sociales. Esta es una de las propuestas del pensamiento de Durkheim que mejor acogida ha tenido en la sociología contemporánea; sobre todo porque es una vertiente que sugiere una explicación no estatal —o por lo menos no completamente pública— acerca del problema del orden social.⁷

Muy ligado al asunto de la construcción del orden aparece en el pensamiento de Durkheim la referencia al fenómeno de la autoridad que, a su vez, se desenvuelve en tres vertientes principales: la autoridad de las normas morales, la autoridad como representación del orden social —y aquí se atiende fundamentalmente a la religión— y la autoridad como objeto de reproducción de la conducta social. En este último caso Durkheim enfatiza el elemento disciplinario y su forma de conducción histórica a través del proceso educativo.

Además de su dedicación al análisis de los procesos grupales y de su moralidad característica, Durkheim ensayó también algunos planteamientos metodológicos para la sociología e incluso hizo también propuestas epistemológicas de alcance general. En las *Reglas del Método Sociológico* y en las *Formas elementales de la vida religiosa* se localizan tesis como la que se encarga de fijar la exterioridad de los procesos sociales como objeto del conocimiento, la que se refiere a los procesos de interiorización del sentido de la acción social en la conciencia individual y la que propone el análisis de la religión como forma de representación axiológica de la vida social.

En la mayor parte de los estudios sobre la obra de Durkheim se apunta también la intención de utilizar el análisis sociológico para es-

⁷ Vid. BERGER, Peter L. y Thomas LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu. Véase también Anthony GIDDENS, *Las nuevas reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1987, pp. 95 a 100.

clarecer un conjunto de principios sobre el sentido de la vida social que, a la postre, le hubieran permitido proponer una auténtica religión civil en beneficio de la vida contemporánea. A esta intención fue proclive la sociología francesa como se recordará al tener presentes las obras de Augusto Comte y de Saint-Simón. Para Durkheim, como para los autores citados, la secularización no puede entenderse como un proceso de supresión de la vida religiosa y ni siquiera como factor de su relegamiento. La secularización debe ser, en cambio, un proceso racionalizador en virtud del cual se sustituyan los elementos míticos de las representaciones religiosas antiguas por signos acordes con el sentido de la vida contemporánea.

Entre los tópicos del discurso durkheimiano no puede dejar de mencionarse su alusión al *socialismo*. Sin embargo, no son tanto los apuntes concretos de Durkheim sobre este fenómeno lo que ha llamado la atención de sus estudiosos contemporáneos, sino la forma en que eludió en su análisis el planteamiento de los procesos sociales desde una perspectiva clasista o de estratificación. La falta de énfasis de la obra durkheimiana en estas cuestiones ha llevado a sus críticos a caricaturizar su pensamiento y a presentarlo a veces como las aportaciones ingenuas de un sociólogo propagandista del orden y la armonía sociales. Tanto ha impactado el aparente desdén de Durkheim sobre la caracterización del conflicto social que hay, entre los estudiosos de su obra, quien opina que sus planteamientos responden de una manera directa a la tesis marxista de la lucha de clases.⁸ En todo caso, la interlocución de Durkheim con el marxismo no fue siempre explícita; aunque nadie podría poner en duda que las ideas socialistas fueron siempre un foco privilegiado de atención para el autor de la *División del Trabajo Social*.

En consecuencia, no debe sorprender que su propuesta de reverdecer la organización de las corporaciones se encuentre en ocasiones muy próxima a las concepciones socialistas del sindicalismo, concebido como factor estratégico en la lucha de los trabajadores por cambiar el sentido de las relaciones de explotación que suscita el proceso de trabajo.

⁸ ZEITLIN, Irving, *Ideología y teoría sociológica*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1986, pp. 267 y ss.

1.3 Una lectura contemporánea de Durkheim

Se ha dicho con razón que el pensamiento durkheimiano vive un auténtico renacimiento dentro de la sociología contemporánea. La bibliografía que proporcionan algunos especialistas⁹ sobre tópicos de su obra llena varias páginas impresas. Sin embargo, de entre todas las revisiones críticas de la obra de Durkheim, quizá la que haya creado mayores efectos en el desarrollo de la sociología haya sido la de Talcott Parsons.¹⁰

Para Parsons el eje de la sociología de Durkheim debe colocarse en la respuesta al problema hobbesiano del orden. Hobbes, al decir de Parsons, vislumbró como nadie lo había hecho hasta entonces, que en la vida social se acoplan de manera problemática los fines y la racionalidad: "dado que los hombres tienen pasiones y buscan perseguir fines racionales, se suscita el problema de si, o en qué condiciones, esto es posible, en una situación social en la que hay una pluralidad de hombres que actúan en relación recíproca",¹¹

La solución de Hobbes —el pacto de sujeción— es bastante conocida para abundar en ella. La solución de Durkheim al problema del orden apunta más hacia lo que se concibe claramente como el *control social*¹² y tiene que ver con el consenso y la aceptación del fenómeno de la autoridad; no necesariamente con una situación de tensión en la que se congela precariamente la violencia del estado de guerra del pensamiento hobbesiano. "Durkheim —dice Parsons— se ocupó fundamentalmente del problema del orden. Encontró el elemento decisivo del orden en los valores comunes, tal y como se manifiestan, sobre todo, en las normas institucionales".¹³

El aspecto más interesante de la interpretación parsoniana de la obra de Durkheim surge de la rectificación que hace Parsons a la secuencia histórica de la propuesta durkheimiana. En la *división del trabajo social*, Durkheim asienta que la transición del tipo social comunitario —solidaridad mecánica— al tipo social moderno —solidaridad

⁹ Vid. TIRYKIAN, Edward A., *op. cit.*, pp. 259 a 261. Véase también *La introducción de Anthony Giddens a Emile Durkheim. Escritos Selectos*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1993, en especial, pp. 45 a 54.

¹⁰ PARSONS, Talcott, *La Estructura de la Acción Social*, t. I (2 vols.), Madrid, Ed. Guadarrama, 1968.

¹¹ *Ibidem*, pp. 139 y 398.

¹² MELOSSI, Dario, *El Estado del Control Social*, México, Ed. S. XXI, 1992.

¹³ PARSONS, Talcott, *op. cit.*, p. 553.

orgánica—, está marcada por una mengua en el carácter coactivo de la conciencia colectiva y por el surgimiento concomitante de un orden contractual o de reciprocidades, que es más acorde con los requerimientos que plantea una actividad económica sustentada en el intercambio privado. Parsons intenta demostrar que la conciencia colectiva —en tanto condensación de valores comunes y núcleo del orden social— no sufre la disolución o demérito que le atribuye Durkheim, sino que se fija como categoría principal en la obra del sociólogo francés y termina sobreponiéndose a la explicación del sistema contractual porque finalmente, para Durkheim, el contrato no deriva su fuerza institucional del acuerdo de voluntades, sino del carácter obligatorio que le confiere la sociedad.¹⁴ A Parsons le resulta convincente la afirmación de que la trascendencia de la obra de Durkheim se base en su caracterización de los valores compartidos, de su concretización en la conciencia común y en la extrapolación que de ésta realiza la sociología contemporánea para convertirla en el sustento de la teoría del *control social*.

Muy probablemente la interpretación parsoniana haga injusticia a la obra de Durkheim y la polarización de sus argumentos omita referencias muy concretas de ésta al problema de la transición del tipo social comunitario al diferenciado;¹⁵ sin embargo, las inferencias de Parsons se han fincado como sentencia en la sociología norteamericana, que muy frecuentemente ha tomado la interpretación por lo interpretado.

2. LA SOCIEDAD MORAL

2.1 Todo lo social es moral

Como la mayor parte de los pensadores que han puesto de manifiesto la importancia de los fenómenos normativos, Durkheim se ve en la necesidad de establecer un deslinde claro entre el mundo de las relaciones físicas y el de las relaciones sociales. En el prólogo a la segunda edición de las Reglas del Método Sociológico se puede leer:

(...) todo medio físico ejerce una coacción sobre los seres que sufren su acción, porque todos ellos se ven obligados, en cierto

¹⁴ *Ibidem*, pp. 403, 477 y 478.

¹⁵ Vid. en este sentido a Irving ZEITLIN, *op. cit.*, pp. 289 y 290.

modo, a adaptarse al mismo. Pero hay entre estos dos modos de coacción toda la diferencia que separa un medio físico y un medio moral. La presión ejercida por uno o varios cuerpos sobre otros cuerpos o incluso sobre voluntades no puede ser confundida con la que ejerce la conciencia de un grupo sobre la conciencia de sus miembros. *Lo que tiene de especial la coacción social consiste en que no es debida a la rigidez de ciertas ordenaciones moleculares, sino al prestigio de que se hallan investidas ciertas representaciones.*¹⁶

Así, las peculiaridades de la vida social devienen en una especie de dialéctica valorativa. Los hechos sociales son, en consecuencia, causa y producto de las representaciones axiológicas de los grupos o comunidades y éstas, a su vez, concretan el reconocimiento social que es el verdadero factor de cohesión y de progreso para la vida dentro de los grupos humanos.

Los hechos sociales reúnen una doble característica: son, por un lado, exteriores y, por otro, coactivos. Exteriores en tanto acontecen "fuera de las conciencias individuales". Coactivos en virtud del poder "imperativo y coercitivo" mediante el que se despliegan para imponerse a los individuos.¹⁷ Y aunque el sujeto individual puede hacer por su autonomía y revelarse contra el sentido prescriptivo de los hechos sociales, se expone a experimentar en propia carne el efecto represivo; es decir, la reacción del grupo que se acciona por la ofensa a su prescripción. A esto se le denomina también sanción.

La simple sumatoria de los hechos individuales no caracteriza la esencia de los hechos sociales. "La sociedad es algo distinto —como lo expresa Durkheim— es la resultante de la vida común, un producto de acciones y reacciones que se originan entre las conciencias individuales".¹⁸ En el fondo de esta aserción se detecta —velada— una crítica al voluntarismo y a las concepciones individualistas. De hecho, Durkheim prepara el camino con estas afirmaciones para negar el papel determinante de la voluntad sobre los hechos sociales, de los que afirma que "lejos de ser un producto de nuestra voluntad, la determinan desde el exterior; son como moldes en los que tenemos que fundir nuestras acciones".¹⁹

¹⁶ DURKHEIM, Emile, *Las Reglas del Método Sociológico*, Madrid, Ed. Morata, 1982, p. 28.

¹⁷ *Ibidem*, p. 38.

¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹ *Ibidem*, p. 60.

Entre lo moral y lo social existe, para Durkheim, una suerte de constancialidad. La moral no es simplemente un agregado de convicciones individuales, sino que es la fuerza de agrupación misma; un producto neto de la sociedad que se impone de forma exterior al individuo. El sustrato material de la moralidad debe ubicarse justamente en identidad con el orden social. La convivencia social organizada en torno a acciones consolidadas constituye el núcleo de la vida moral. Para decirlo en palabras del propio Durkheim:

(...) cuando se sabe que la moral es un producto de la sociedad, que penetra en el individuo desde afuera, que hace, en ciertos aspectos, violencia a la naturaleza física, a su constitución natural, se comprende además que *la moral es lo que es la sociedad*, y que la primera no se fortifica sino en la medida en que la segunda se organiza.²⁰

2.2 *El dato de la moralidad*

Para Durkheim la moral no se explica, en cuanto hecho social, por otro derrotero que el de sus manifestaciones físicas. La moral entonces no puede ser buena o mala; ni siquiera puede constituirse a sí misma como fuente del juicio maniqueo. El dato externo que debe llevarnos a la caracterización moral es la "sanción represiva difusa" que genera por vía de reacción la infracción del individuo a una regla prescriptiva.²¹

Tanto la moral como el derecho están compuestos por reglas sancionadas; detrás de la sanción es posible detectar un acto de infracción a ciertos estados de la valoración colectiva, cuyos efectos ameritan la expiación.²²

El carácter obligatorio de la regla moral deriva, según Durkheim, de la superioridad que mantiene el grupo social sobre el individuo. No se trata de una sobreposición cuantitativa, sino axiológica, ya que es de la sociedad, como instancia de realización humana, de la que proceden todos los valores individuales.²³ El reconocimiento que hace el

²⁰ DURKHEIM, Emile, *Lecciones de Sociología física de las costumbres y el derecho*, México, Ed. Quinto Sol, 1990, p. 73, y también Emile DURKHEIM, *La División del Trabajo Social*, México, Ed. Colofón, s/a, p. 243.

²¹ DURKHEIM, Emile, *Las reglas...*, p. 70.

²² DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 8.

²³ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 12.

individuo de la superioridad del grupo, en cuanto se identifica como átomo adscrito a una estructura mayor, es en sí lo que se denomina autoridad. La moral es el producto de una imbricación complicada en la que se trenzan el espíritu de disciplina, el ideal colectivo y la comprensión del individuo que reconoce la autoridad del poder colectivo.²⁴

De las obras de Durkheim, la que muestra un mayor endurecimiento de la concepción del vínculo sociedad-individuo es, sin duda, *La Educación Moral*. En el curso que recoge este libro, Durkheim planteó, incluso de forma cruda, una idea de la moral basada en el deber y en la obediencia. Aquí la regla moral es definida expresamente como mandato y como motivo de prohibición. La moral deviene inhibición de la naturaleza pasional del individuo y encuadramiento en las circunstancias sociales a partir de un proceso de adaptación no necesariamente voluntario.²⁵

Como consecuencia de esta tesis "dura" de Durkheim el concepto de libertad resulta comprimido. En primer lugar, sentencia que no existe más independencia para la conducta del sujeto que aquella proveniente directamente de las leyes. En segundo término, abunda en contra de "las teorías que celebran las ventajas de la libertad no reglamentada", porque hacen en realidad "apología de un estado mórbido".²⁶

El único elemento moderno subsistente en la concepción moral durkheimiana que contiene el libro sobre la *Educación Moral*, es lo que su autor define como el "tercer elemento" de la moralidad; se refiere concretamente a la comprensión que puedan reunir los sujetos sociales de la superioridad axiológica que despliega sobre ellos la sociedad. En tanto la comprensión se transforma en aceptación y consenso, la imposición del mandato moral aparece como un hecho menos autoritario y más coherente con los criterios de la legitimidad contemporánea.

La relación dialéctica individuo-sociedad es, sin duda, un tema tenso en la obra durkheimiana. Por una parte su pensamiento estimula a plantear el desarrollo de la realidad social desde una perspectiva constructivista e incluso no dogmática, y por otra, autoriza también una interpretación rígida desde la perspectiva del orden. En múltiples pasajes explícitos Durkheim alude a la forma "terminada" en que las representaciones sociales se imponen a los individuos. Así las cosas, existe un espacio de equilibrio difícil entre los extremos que acotan,

²⁴ DURKHEIM, Emile, *La Educación Moral*, México, Ed. Colofón, 1991, primera parte hasta la p. 214.

²⁵ *Ibidem*, p. 51.

²⁶ *Ibidem*, p. 65.

de un lado, una especie de tiranía grupal y, del otro, la libertad irrestricta del individuo.

2.3 *La conciencia colectiva*

La moral durkheimiana tiene un núcleo básico en el que se condensan las representaciones axiológicas de los grupos sociales; ese centro nervioso es, precisamente, la *conciencia colectiva*. Esta se integra por el conjunto de creencias y sentimientos comunes que se refieren a estados especialmente significativos para los individuos que componen el grupo.²⁷ En la *conciencia colectiva*, se cierran los significados axiológicos y se difunden como bloque de sentido al conjunto de los individuos.

Esta categoría presenta las mismas características duales que se desprenden de la forma compleja en que Durkheim concibe el vínculo dialéctico individuo-sociedad. Así, la conciencia colectiva es a un tiempo sujeto y predicado; por una parte, es producto de la acción social, pero por otra, es condicionante de la conducta individual.

Una condición necesaria para que la conciencia colectiva pueda integrarse y definirse como tal es el fenómeno de la estandarización de las representaciones de los miembros del grupo; sin una regularidad en las formas de apreciar los valores de la vida social, es imposible encontrar el rango medio a partir del cual se produce la afinidad de sentimientos sobre los que se alza la conciencia común.²⁸

No hay un sitio específico para la condensación de la conciencia colectiva, Durkheim entiende que su proceso de integración es difuso y atraviesa prácticamente todos los sectores de la acción social. Esta forma de explicación ha puesto la metáfora a punto: la *conciencia colectiva* es como el *cemento de la sociedad*, y no sólo liga por su doble influjo de atracción y coerción sobre los miembros del grupo, sino que también otorga coherencia a las tradiciones puesto que trasciende a las generaciones particulares y otorga continuidad histórica a los procesos sociales.²⁹

En la conciencia moral hay energía concentrada porque las representaciones en las que se finca no son exclusivamente imágenes,³⁰ sino que contienen verdaderos impulsos a la acción. Desde distintos puntos

²⁷ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 89.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, pp. 107 y 109.

de la vida social surgen resortes a partir de los cuales el grupo acciona la conciencia del deber.³¹ Así, la conciencia colectiva es relativamente estable pero no inmóvil, en su composición se resienten los cambios, tensiones y movimientos de la vida social.

La ofensa a la conciencia colectiva da origen a la reacción pasional por parte del grupo. Entre más primitiva es una sociedad menos racional y más vengativa es la respuesta por parte de la comunidad.

La conciencia comunitaria protege valores colectivos, en cambio, el influjo de los actos dañosos contra los individuos, en sí mismos considerados, no es un hecho que provoque reacciones intensas. Aunque la conciencia colectiva es un dato histórico de las sociedades de tipo comunitario, la diversificación de las relaciones sociales modernas no diluyó por completo su presencia, al grado que dichas creencias y sentimientos coexisten ahora con elementos reguladores de la moral moderna.³²

2.4 La moral mutable

Durkheim descarta de manera contundente cualquier enfoque del fenómeno moral de carácter metafísico o intemporal; para él, si la sociedad es siempre un conjunto de hechos morales, la moral es un producto exclusivo de la historia. No hay moral al margen de la acción social, por eso cada sociedad produce *necesariamente* su orden ético.³³

El proceso axiológico en el que se enfrascan las sociedades y que finalmente culmina con la fijación de reglas que prescriben conductas bajo la perspectiva de una sanción, no es superfluo; el movimiento grupal en este sentido persigue siempre la satisfacción de necesidades sociales concretas.³⁴ Con este planteamiento Durkheim abre una interpretación que autoriza a vincular los fenómenos morales con otros sectores de la acción social y, en consecuencia, a reconocer que la moral cambia y se transforma de acuerdo con los requerimientos colectivos. En todo caso se trata de una moral relativa que responde a las necesidades de orden de una sociedad condicionada históricamente.

Entre la dinámica y la estática de las relaciones sociales Durkheim pergeña una fórmula de equilibrio: si bien las prácticas sociales tien-

³¹ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 18.

³² DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, pp. 107 y 108.

³³ DURKHEIM, Emile, *La división...*, pp. 42, 251 y 295.

³⁴ *Ibidem*, p. 11.

den a consolidarse y a estabilizarse a partir de la reiteración que efectúan los sujetos que las ejecutan, también es cierto que en los grupos sociales existe una tendencia a transformar el sentido de sus relaciones. La propuesta óptima apunta hacia una combinación que consagre un movimiento ordenado para las conductas sociales; "en armonía con el equilibrio móvil de las necesidades y de las ideas".³⁵

Durkheim expresa en dos sentidos sus convicciones sobre el cambio social. A la vez que cree en la necesidad del progreso moral,³⁶ previene contra el riesgo que generan las épocas de transición, ya que en éstas la moral se debilita.³⁷ Cabría recordar que gran parte de *La División del Trabajo Social* se dedica precisamente a la explicación del proceso transitivo de las sociedades de tipo comunitario a las actuales, de tipo diversificado, y que incluso la preocupación central de Durkheim, se dirige al problema de la descubertura que originan los cambios económicos —especialmente la industrialización— sobre ciertos sectores de la vida moral.

El fenómeno de la división del trabajo cruza los espacios específicamente económicos y sus efectos se extienden a otros niveles de la organización social.³⁸ La especialidad que se produce en relación con los roles sociales provoca distensiones en el referente central que es la conciencia colectiva. La especificidad de las funciones sociales apareja, entonces, que la moral se zonifique de acuerdo con el agrupamiento profesional que se realiza, Durkheim reconoce abiertamente la pluralidad de morales, habla incluso del *plurimorfismo moral* de las sociedades.³⁹

Con la generalización de la división del trabajo la conciencia colectiva acusa un desplazamiento relativo; sin desaparecer, se repliega parcialmente y deja el papel de codificador central de la vida social al proceso diversificador y de asignaciones de roles que origina la susodicha división del trabajo. Así, la moral profesional es la destinada a sustituir la moral comunitaria; sin embargo, en el estado que Durkheim encuentra las sociedades occidentales, la moral profesional se encuentra todavía incompleta, lo que motiva la desprotección de normas en extensos sectores de la vida social. Aquí radica precisamente la situación de *anomia* y la vulnerabilidad social que preocupa

³⁵ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 34.

³⁶ DURKHEIM, Emile, *La Educación...*, p. 21.

³⁷ *Ibidem*, p. 115.

³⁸ DURKHEIM, Emile, *La División...*, pp. 50 y 51.

³⁹ *Ibidem*, p. 319.

a Durkheim de manera principal.⁴⁰ El dato exterior por el que se expresa un determinado arreglo moral de la sociedad es la solidaridad; es decir, el vínculo que concreta la atracción que ejerce el grupo sobre el individuo. A la moral comunitaria corresponde una forma de solidaridad por semejanzas; a la moral de un medio diversificado cabe la solidaridad orgánica o de tipo cooperativo, a partir de la cual se ordenan funciones dispares para convertirlas en roles complementarios.⁴¹

Todos los cambios sociales son graduales, ya que la cristalización de las prácticas de los individuos concreta instituciones a través de las cuales se fija de manera perdurable el sentido de la acción social.⁴² Sin embargo, Durkheim negó firmemente que "no hay institución social que con el tiempo no degenera". La función de las instituciones flaquea cuando la dinámica que generan las necesidades desborda el tipo de respuesta que ofrecen estos centros tipificadores del comportamiento.⁴³ El desgaste institucional es un hecho que no produce nostalgias en el ánimo científico de Durkheim, quien fiel a sí mismo, da cuenta del cambio sin establecer valoraciones en términos de bueno o malo. Espera en cambio, que el análisis sociológico le revele de manera cierta el rumbo por el que ha de ensayarse la construcción del nuevo orden moral.

La insistencia durkheimiana sobre la sociedad —y no sobre el individuo— lo condujo a la necesidad de explorar categorías analíticas de rasgos modélicos. Los *tipos sociales* a los que se refiere en las *Reglas del Método Sociológico*,⁴⁴ enmarcan formas genéricas para la caracterización de las relaciones sociales, muy próximas en intención a los *tipos ideales* del pensamiento weberiano o a la categoría de *modo de producción* que propuso Marx en su análisis materialista. La intención analítica es clara y se define de frente a la elección de su objeto: las relaciones sociales históricamente consideradas. Si en la obra de Weber la modelización se efectúa desde la perspectiva del dominio y en el marxismo se produce desde el enfoque de las relaciones de producción; en el caso durkheimiano la perspectiva es precisamente la del proceso de integración moral.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 73.

⁴² *Ibidem*, pp. 299 y 306.

⁴³ DURKHEIM, Emile, *La División...*, pp. 21 y 58.

⁴⁴ DURKHEIM, Emile, *Las reglas...*, pp. 103 a 112.

2.5 Entre la anomia y la autoridad

Los distintos pasadizos de la obra de Durkheim tienen todos un mismo destino: el problema del orden. Este es el punto de llegada de la acción social, pero también su punto de arranque. Como tierra promisoría, el orden es sinónimo de madurez social; como génesis de la conducta colectiva, es deber, mandato y disciplina.

Cualquier respuesta que se produzca en torno al problema del orden tiene que pasar necesariamente por una definición expresa del fenómeno de la autoridad. Moral, orden y autoridad integran *una triada* de tal naturaleza que cada elemento depende de los restantes para poder ser caracterizado adecuadamente. Así ocurre al menos en la obra durkheimiana. Sin embargo, cuando se revisa críticamente esta propuesta, uno no puede dejar de lamentar su insuficiencia por la omisión del hecho concreto de la *fuerza*. A final de cuentas, las tesis durkheimianas ocurren como pregones estrictamente sociológicos y, en ese tenor, las relaciones de dominación quedan opacadas por el proceso de integración moral.

Para seguir la secuencia durkheimiana que lleva a la definición de la autoridad es necesario primero tener presente la dualidad que Durkheim atribuyó a la conciencia moral. En uno de sus niveles —el individual— ésta engloba al proceso de "relación" que el hombre mantiene consigo mismo. En el otro escaño, se encuentra la moral social, que se refiere al sentido que asumen las relaciones del sujeto con otros agentes sociales.⁴⁵ La moral individual no tiene un sentido *en sí*; su función está subordinada a la moral social y sólo debe servir como vehículo de interiorización de los valores colectivos. Este par asimétrico responde a la concepción de Durkheim según la cual la colectividad es axiológicamente superior al individuo.

En el punto más alto de la efervescencia "societaria" Durkheim afirma que el individuo es más producto que causa de la vida social.⁴⁶ En consecuencia, el resultado de la subordinación individual a la sociedad no se expresa como sentencia axiológica; para Durkheim, se trata realmente de la descripción sociológica de un hecho o, en su propio lenguaje, de una cosa.

Afianzado en el dato de la sociedad como ser superior al individuo, Durkheim arremete contra el utilitarismo. La felicidad individual, según

⁴⁵ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 9.

⁴⁶ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 359.

esto, no puede quedar definida como motivo principal de los impulsos morales;⁴⁷ por el contrario, para Durkheim es el desinterés personal y la conciencia de pertenencia lo que mejor se aviene al humanismo contemporáneo. Asimismo, como la sociedad es un espacio en el que el hombre como elemento singular se encuentra trascendido, la razón individual no puede, por sí misma, ser el origen de los hechos morales. Las cosas ocurren en sentido inverso: es a través de la interacción y de la vida en grupo como el sujeto se moraliza.⁴⁸

Para Durkheim la moral individual es limitada porque los mecanismos autoprescriptivos no son eficaces. El individuo necesita mesurar su energía y sus iniciativas pasionales a través de la acción del grupo. Así, el mejor estado moral no es el de la felicidad del individuo, sino el de su equilibrio con las exigencias de adaptación que le plantea el grupo.⁴⁹

La moral social es un proceso complejo en el que se vierten tendencias diversas. Requiere primero regularidad de las conductas; es decir, un estado definido de normalidad. Necesita de la coacción exterior que ejercen las representaciones e instituciones sobre el individuo y amerita también comprensión y aceptación. La conjugación de estos elementos corresponde a las nociones correlativas de autoridad y deber.⁵⁰

La autoridad se finca en el reconocimiento de la superioridad del grupo y, en sentido inverso, cualquier directriz procedente de la autoridad se esgrime en refuerzo de la conciencia común. La autoridad contiene la investidura para hacer exigible la obligación contenida en el deber. En la autoridad, entonces, hay arbitraje y cohesión; pero existe también una exigencia de reconocimiento social y de prestigio que la distancia del hecho de la fuerza.

El fenómeno de la autoridad se consolida y se reproduce a través de las distintas instituciones sociales. En este sentido la autoridad se resuelve en un pluricentrismo social. Durkheim es de los pocos pensadores influyentes que no dedujo su explicación del orden a partir del fenómeno estatal. Al definir como campo de acción el de la integración moral, logró conseguir una visión tan amplia del proceso de domina-

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 247 a 254.

⁴⁸ DURKHEIM, Emile, *La Educación...*, pp. 128 a 135.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 140.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 37.

ción como la que ahora sostienen los teóricos del *control social*. Casualmente en la sociedad norteamericana —continente del “Estado ubicuo”— es donde mejor se ha recibido a lo largo del tiempo el pensamiento durkheimiano.

Aunque la tendencia prevaleciente de los hechos morales en la obra de Durkheim es de tipo conservador, éste ofrece una inesperada concepción de la eficacia relativa de la autoridad como elemento a partir del cual puede actualizarse el cambio social. Al tratar lo relativo al delito en las *Reglas del Método Sociológico*, su autor afirma que éste es un hecho normal y además necesario. Si los mecanismos represivos del delito tuvieran una contundencia total los sentimientos colectivos que concretan jamás se verían tocados por la necesidad del cambio. “Si fuesen demasiado fuertes —como asienta Durkheim— ya no serían plásticos”; en consecuencia, “es preciso que la autoridad que tiene la conciencia moral no sea excesiva”.⁵¹ Así, la suerte de la iniciativa individual contra la inercia de las prácticas de grupo depende de la blandura relativa con la que éstos puedan consumir los hechos de autoridad.

Las situaciones de vacío moral se presentan como espacios sociales desprotegidos de regulación. Las normas no sólo expresan el sentido típico de las relaciones sociales, sino que también aportan el elemento de articulación. La *anomia* es, entonces, la ausencia de vida moral y su rostro visible es la carencia de reglas. La presencia de la *anomia* sugiere dos cauces distintos de consecuencias: desde el punto de vista del grupo, el efecto es el debilitamiento de las redes policéntricas de la autoridad —a esto se le llama anarquía—; desde la perspectiva del individuo, la falta de reglas conduce a la angustia y a la insatisfacción, porque si la persona carece de límites y referencias sus impulsos provocan deseos desorbitados y, por ende, frustración. La consecuencia más grave de este fenómeno es el suicidio.⁵²

Como corolario de la exposición puede afirmarse que el cauce normal de los hechos morales queda trazado entre la situación extrema de la *anomia*, que corresponde a la absoluta ruptura institucional, y la rigidez absoluta de la autoridad, cuya polaridad inhibiría las disidencias individuales que son necesarias como fundamento de los procesos de cambio social.

⁵¹ DURKHEIM, Emile, *Las reglas...*, pp. 95 a 96.

⁵² DURKHEIM, Emile, *La División...*, pp. 383 a 392.

3. EL ESTADO Y EL EQUILIBRIO CORPORATIVO

3.1 *La voluntad despuntada*

En general, en el pensamiento moderno, la voluntad del individuo —como cauce práctico de su libertad— constituye el eje de explicación principal para definir el sentido de la acción personal. Si es la economía, la referencia al *homo economicus* desemboca por fuerza en la capacidad selectiva del *consumidor*; si es la política, la categorización del *ciudadano* tiene que ver con la voluntad integradora que éste despliega en el sufragio y, finalmente, si es el derecho, la persona o sujeto arma su trama de relaciones a partir de la autonomía de su voluntad. Sólo teniendo presente el traslape entre pensamiento moderno y voluntad, es posible valorar en su justa medida la rectificación que intentó la sociología francesa a partir de Augusto Comte. Deponer la voluntad, después de muchas vicisitudes, significa tres cosas: dejar de creer en la igualdad de los sujetos sociales; sospechar de la eficacia concreta de la democracia y, por último, cuestionar la validez moral del mercado como instancia de regulación social. La conmoción de estos valores referenciales del pensamiento moderno obliga a pensar en un paquete axiológico alternativo, y eso es precisamente lo que intentó proponer la sociología francesa del entre siglo.

En el caso de Durkheim, la voluntad individual sólo existe para ser sometida. En sus rasgos esenciales este asunto corresponde parcialmente con la tesis que Nietzsche expone en *La genealogía de la moral*,⁵³ donde la voluntad se pervierte en la dialéctica del poder; en cambio, en el pensamiento de Durkheim, la voluntad individual se entrega al flujo predominante de la vida social.

En pleno festejo antikantiano, Durkheim afirmó en un pasaje de *Educación Moral*: "nuestra razón no es una facultad trascendente: forma parte del mundo y, por consiguiente, está sometida a la ley del mundo".⁵⁴ Toda la obra durkheimiana reprueba el distanciamiento que estableció Kant entre razón humana y naturaleza; en realidad, según Durkheim, la razón nunca escapa a los designios concretos de la naturaleza de las cosas. Si la autonomía de la voluntad se consigue fugando

⁵³ NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral*, México, Ed. Alianza, 1989, Col. Libro de Bolsillo 356, p. 87.

⁵⁴ DURKHEIM, Emile, *La Educación...*, p. 125.

ésta del mundo de los hechos, el resultado es el de una autonomía artificial, carente del auténtico sentido moral de los hechos sociales.⁵⁵

Cuando Durkheim habla de "autonomía de la voluntad" como tercer dato integrador de la moral, se refiere sólo a un nivel intenso de profundización en el sentido que tiene el acto de pertenencia del individuo al grupo. El efecto liberador de esta autonomía no procede de su independencia, sino de la aceptación fundada y reflexiva del sujeto que se somete a los designios prescriptivos de "la vida en común". Podemos decir —con Durkheim— que el tercer elemento de la moral es la comprensión de la moral.⁵⁶

Más que voluntad, Durkheim propone conformidad conciente; este hecho le ha valido las críticas más acérrimas de la sociología contestataria, ya que extrapolado, constituye una oferta de pacificación contra la lucha de clases. La propagación de la idea de la aceptación voluntaria de los roles diferenciados que produce la división del trabajo pudiera ser, en efecto, un empeño contrarrevolucionario.⁵⁷ Vale recordar que en el lenguaje durkheimiano liberarse, significa generalmente someterse.

3.2 *Sobre el mítico contrato social*

Rebajado el papel de las voluntades individuales, no es difícil desacreditar también las tesis que fincan la explicación de la vida social en su concurrencia. Superficialmente, Durkheim rechaza la idea del contrato social porque "no guarda relación con los hechos".⁵⁸ De fondo, su negativa a aceptar esta tesis tiene que ver con la incongruencia que entabla con su concepción de los hechos morales. Para los contractualistas del tipo Rousseau, la base de la vida social tiene una referencia axiológica individual. Son las personas singulares las que comunican sentido a la organización de la vida civil; de hecho ésta afirmación no es sino un encuentro dinámico de intereses privados. En la consabida tesis durkheimiana todo el sentido de la acción social se desprende de la vida en común. La idea de construcción del orden avanza de la sociedad al individuo y no, como en el caso del contractualismo, del individuo al grupo.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 135 y 136.

⁵⁷ ZEITLING, Irving, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁸ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 216.

Con alguna simplicidad, Durkheim da cuenta de lo que considera una inconsistencia del contractualismo. Especialmente, se opone a considerar como idea coherente que el contrato social implique una secuencia de las prerrogativas que investían a los individuos en su etapa pre-civil. Durkheim insiste en que ningún estado de aislamiento puede ser considerado como fuente de prerrogativas jurídicas o morales. Sólo a través de la vida social el hombre se sobrepone a la indigencia moral.⁵⁹ En el caso de Rousseau esta crítica puede resultar infundada, puesto que el autor de *El Contrato Social* confiere a la vida civil, en sí misma, un efecto constitutivo respecto a los derechos del individuo.

Detrás de la imagen del contrato social, Durkheim persigue la silueta del individualismo de origen ilustrado. Reprocha expresamente que los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, proclamados en plena cúspide jacobina, nunca permearon auténticamente las capas de la conciencia social ni se convirtieron en prácticas efectivas. Desde la sociología de Durkheim, el individualismo liberal es más un deseo que un estado genuino de la vida social.⁶⁰

Durkheim tampoco encontró satisfactoria la idea del contrato social en cuanto fórmula de legitimación política. En tratando los temas de la moral cívica, el autor de las *Lecciones de Sociología*, rechazó la premisa roussoniana sobre la obediencia de la ley por ser ésta el producto de una deliberación general, en la que idealmente participa el sujeto obligado. Se supuso así que el destinatario de la norma sólo se obedecía a sí mismo.⁶¹ Durkheim sin embargo opina que la ley no vale por ser un producto voluntario, aunque sea general la voluntad que la produjo. Si la ley fuera obra de un acto voluntario, podría ser sustituida en cualquier momento por otra voluntad igual. Este sustento es, en consecuencia, frágil. Durkheim demanda una justificación más sólida y por eso se auxilia de Montesquieu para afirmar que la ley sólo vale cuando refleja la naturaleza genuina de las cosas.⁶² Este rasgo de la obra durkheimiana nos lleva a explicar la ley mucho más en el terreno de la necesidad que en el campo específico de la voluntad.

La crítica de Durkheim al individualismo no estaría completa si no lo hubiera observado desde el ángulo estrictamente liberal. En este tenor Durkheim repudia la tesis del Estado-Gendarme. Sus argumentos

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 217 y 294.

⁶⁰ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 60.

⁶¹ ROUSSEAU, Jean Jacobo, *El Contrato Social*, México, Ed. UNAM, 1978, Col. Nuestros Clásicos Núm. 23, p. 50.

⁶² *Ibidem*, p. 104.

principales tienen que ver con la "neutralidad" moral que tiene la función del Estado para los liberales. Esto contraviene, obviamente, el aserto durkheimiano del Estado como organizador y depurador del orden moral en su máximo extremo de generalidad.⁶³ Además Durkheim se inconforma con la concepción mínima de la función estatal que propuso el liberalismo desde las páginas de la economía política. Históricamente esto es un contrasentido, porque puede constatarse empíricamente que las funciones estatales han venido aumentando su complejidad y su extensión, en la medida en que la sociedad se diversifica. No es, por tanto, veraz la tesis confinadora de la función pública.

Las negativas durkheimianas al concepto del Estado-Gendarme tienen que ver con la desconfianza que alberga su autor en relación con el mercado, en cuanto a éste se le atribuyen funciones plenas para la codificación de las acciones sociales. El mercado es sólo un sector de la actividad social, de cuyo flujo no es lógico esperar aportaciones morales; éstas corresponden a otro campo, mucho más compatible por cierto con la función estatal y con el reconocimiento de su necesidad. Durkheim nunca fue solidario con la visión peyorativa del Estado que surgió de las conjuraciones burguesas; de ahí su inconformidad ante una visión tan estrecha de la función pública.

3.3 *El "cerebro" social*

En general, las concepciones politológicas del Estado omiten las referencias al contexto en el que se actualiza la función estatal. Durkheim no incurrió en este error. Él enfoca los fenómenos públicos haciendo una distribución muy clara entre Estado, Gobierno y Sociedad Política. Así, en cuanto reconocemos el eje durkheimiano que corre a lo largo del problema del orden social, nos resulta fácil explicarnos cómo dedujo el dato esencial de la vida política, de cara al factor de la organización. En este sentido, la *sociedad política* es caracterizada como una organización de organizaciones. Se trata pues de un complejo en el que ciertos organismos secundarios están sujetos a la autoridad soberana de un organismo superior. Desde otra perspectiva, es un conjunto extenso que comprende pueblo gobernado y gobierno.⁶⁴

Si el concepto de Sociedad Política es por su naturaleza abierto, el de Estado, por el contrario, tiene un carácter cerrado. Para Durkheim

⁶³ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 46, 48 y 49.

Estado significa órgano de gobierno. Subjetivamente este concepto hace referencia al cuerpo o grupo de agentes en los que radica el ejercicio de la autoridad soberana. El Estado debe verse siempre como un órgano especial y diferenciado de la vida social. Políticamente es el centro a partir del cual debe ocurrir la ordenación de los grupos secundarios y, desde el punto de vista moral, es un medio disciplinador por excelencia.⁶⁵

Identificado el órgano público como fenómeno positivo es preciso hablar de la función estatal según la concepción durkheimiana. Aquí precisamente radica una de las peculiaridades más destacadas de su pensamiento. Contra la teórica habitual —y a veces contra la lógica— Durkheim se aparta de los fenómenos de la fuerza y de la dominación para explicar el papel social del Estado. Al contrario, poniendo en juego sus metáforas organicistas encuentra en la función estatal analogías evidentes con las tareas fisiológicas del cerebro en el cuerpo humano. Así, el Estado surge como órgano institucional de reflexión; sus procesos internos y sus espacios están concebidos para la deliberación. En sus vericuetos y aparatos el Estado procesa el pensamiento social; no sólo lo sintetiza, sino que también lo afina, porque de sus reductos surgen sólo ideas depuradas y esclarecidas.⁶⁶

Durkheim establece una dicotomía muy interesante respecto al pensamiento social: de un lado coloca "los sentimientos, aspiraciones y creencias" de la colectividad —este sector del pensamiento es difuso y espontáneo—; el otro lado le corresponde al pensamiento del órgano estatal —en este caso el discurso es deliberado y sintácticamente organizado—. ⁶⁷ Esta dicotomía guarda una asombrosa congruencia con otras etapas de la obra de Durkheim. Debemos recordar que *La conciencia colectiva* opera como principal medio de la vida moral en las sociedades que encuadran en el tipo social comunitario o de la solidaridad mecánica. En tiempo de este tipo social el énfasis de la autoridad se deposita en las prácticas comunitarias. Con el surgimiento de la división del trabajo se acentúa la diferenciación de los roles sociales; el orden entonces se estructura en torno a la cooperación complementaria, esto es, la solidaridad orgánica. El fenómeno estatal, que no tiene espacio específico en la *División del Trabajo Social*, aparece ahora como pieza complementaria del sistema y como auxiliar para

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 49 a 51 y 71.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 78.

explicar los nexos entre la *conciencia colectiva* y el orden que produce una sociedad diferenciada.

No es fácil explicar los nexos que se suscitan entre el pensamiento depurado del órgano estatal y las ideas difusas que se estancan en la conciencia colectiva.⁶⁸ Queda claro, sin embargo, que para Durkheim no se establecen sólo relaciones lineales. El pensamiento esclarecido del órgano estatal no es nada más que una reelaboración de las ideas producidas por la moral colectiva; en este discurso surgen también elementos nuevos e inferencias a partir de las necesidades sociales que sirven de palanca al Estado para impulsar a la sociedad hacia el progreso moral. El cambio sólo se convierte en progreso cuando el movimiento transitivo es consciente y claro.

Por el contrario, el pensamiento difuso de la colectividad es, por sí mismo, una causa de estancamiento, ya que sus circunstancias no favorecen la actividad analítica que permite reconocer la necesidad de las transformaciones.⁶⁹ Como foco de representaciones coherentes el estado impulsa la acción; vale recordar que, para Durkheim, las representaciones sociales no son exclusivamente imágenes, sino también cauces concretos de movimiento social. Es difícil ignorar los deslices hegelianos del pensamiento de Durkheim en relación con el Estado. Como también es complicado no aludir a la evidente vaporización de la fuerza represiva en la que se sustenta esencialmente cualquier ejercicio estatal. Durkheim no niega la existencia del conflicto social pero tampoco hace aparecer esta variable en los momentos analíticos que hacen necesaria su presencia.

A pesar de que la reflexión, a partir del órgano público, permite diagnosticar las necesidades sociales y anticipar soluciones, el Estado no actúa con fines preconcebidos. Si la moral no es apriorística, tampoco el ejercicio estatal. Las respuestas al problema del orden varían según las condiciones que presenta un elemento tan dinámico como la vida social. Así, aun cuando el Estado puede conducir el cambio, su manejo del rumbo es relativo porque depende de un número infinito de factores, la mayoría exógenos al órgano de Gobierno. Esta visión relativista no impidió a Durkheim afirmar que la acción pública debe encaminarse al perfeccionamiento moral de la sociedad y a proscribir, al mismo tiempo, cualquier intento de acción estatal con fines belicistas.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 89.

A diferencia de Weber, Durkheim no atribuye al Estado ninguna condición monopólica, incluso destaca que el órgano de gobierno no es el único foco ordenado a partir del cual se codifica la sociedad; lo deseable es que el Estado comparta con otras fuerzas secundarias esta función, de aquí, no es difícil llegar a la concepción poliárquica del poder que sostienen autores contemporáneos como Robert Dahl.⁷⁰

3.4 La relación Estado-Individuo-Corporación

El vínculo Estado-individuo, como todo fenómeno social que se analice desde la perspectiva durkheimiana, tiene una connotación moral; en este caso se expresa por la identificación recíproca de los deberes que componen la moral cívica. La expectativa ciudadana apunta simultáneamente a la obediencia y a la participación; la del Estado a la aplicación de los razonamientos de su fuerza directiva al progreso moral del grupo.⁷¹

La verdadera realización de la ética contemporánea que se urde en torno al culto a la persona debe su obra al progreso moral de la sociedad y no a los deseos anticipados de algunos iluminados. A la autonomía del individuo —que no es otra cosa que la autoexplicación racional de su obediencia— se llega a través de la acción benéfica del Estado, porque éste es el que redime a la persona de la tiranía despersonalizadora que ejercen sobre él los grupos a los que se vincula de manera próxima.⁷²

El Estado debe mesurar desde su posición ordenadora superior la presión que los grupos intermedios de la sociedad ejercen sobre el individuo. Afianzar el culto genuino a la persona significa relativizar la eficacia de las agrupaciones cuyo efecto de presión se ejerce sobre zonas especiales: la familia, la escuela, la iglesia o la corporación profesional. El despotismo de las agrupaciones es un dato natural y necesario que refuerza su función cohesionadora; por esta razón, la vida social diversificada requiere del Estado, como totalidad exógena, para limitar las tendencias opresivas de los grupos secundarios y, de manera concomitante, favorecer el desarrollo moral del individuo.⁷³ En la obra

⁷⁰ DAHL, Robert, *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Ed. Técnicos, 1989, pp. 41 a 53.

⁷¹ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, pp. 49 y 69.

⁷² *Ibidem*, pp. 68 y 71.

⁷³ *Ibidem*, pp. 61 a 63.

durkheimiana no hay entonces oposición axiológica o política entre individuo y Estado, ya que la fuerza del órgano público tiene como destino el afianzamiento de las singularidades personales en el contexto de la vida social.

Cabría sin embargo la preocupación que genera un poder estatal sin cortapisas. En este sentido, Durkheim proporciona una respuesta que lo distancia de forma irreconciliable con el pensamiento moderno. Propone la rehabilitación como instancia social y política de las corporaciones,⁷⁴ porque a través de su acción estos grupos secundarios representan un valladar contra los actos públicos desorbitados. Así, las asociaciones profesionales funcionarían como piezas doblemente equilibradoras; por una parte, darían coherencia a la vida intersubjetiva dentro de su zona de acción colaborando a la moralización de las acciones individuales especializadas; por otra, evitarían la asimetría de una relación desequilibrada y directa entre individuo y Estado.

En la sociedad que Durkheim presencia, éste detecta los síntomas disgregadores de la anarquía.⁷⁵ La modernización y el industrialismo han planteado una sociedad sin cuerpos intermedios. El efecto de la división del trabajo opera así hacia una especialización que puede terminar en aislamiento y desarticulación. Por esta razón es necesario reforzar los vínculos orgánicos de la sociedad a través de la recomposición de las asociaciones profesionales que, en Durkheim, son compatibles con el sentido económico del industrialismo moderno.⁷⁶ Para Durkheim obviamente la competencia y el mercado no son valores fundamentales, por lo tanto pueden ser relativizados en aras de la solución de los problemas que origina una moralidad incompleta e insuficiente.

El diseño de la "república durkheimiana", si cabe la expresión, encierra un concepto de contrapesos corporativos parecido al que existía en tiempos del *rey* y del *reino*. Durkheim acepta que la corporación tiene que ser retocada para adaptarla a los tiempos modernos⁷⁷ y su rectificación debe encaminarse a convertirla en un órgano menos territorial para que no se constituya en una barrera a la circulación y a la producción para el mercado.

⁷⁴ DURKHEIM, Emile, *La División...*, en especial el Prefacio a la segunda edición: "Algunas observaciones sobre las asociaciones profesionales", p. 13.

⁷⁵ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 103.

⁷⁶ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 12.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 26.

A pesar de las acotaciones durkheimianas ningún liberal estaría dispuesto a retractarse hasta un estado previo al de la *Ley Le Chapelier*. Las soluciones ilustradas al problema del absolutismo tienen un marcado carácter político y generalmente se organizan a partir de la tesis de la división de poderes o de funciones que logra redondearse a través de las propuestas de Locke y Montesquieu. Las aseveraciones de Durkheim están muy alejadas del modelo constitucional que buscan los iuspublicistas modernos. Su diseño trilateral: individuo, corporaciones y Estado desdibuja la bipartición de los espacios entre un ámbito público y otro privado, que con tanto esmero fue trazada por los pensadores modernos.

Entre los especialistas decimonónicos en el tema de la organización del Estado de derecho prevaleció una visión exageradamente rupturista en relación con las instituciones políticas del Antiguo Régimen; a tal grado que, en ocasiones, las genealogías de las categorías políticas y jurídicas se pierden para efectos del análisis. Durkheim en cambio tiene al respecto una perspectiva mucho más toquevilliana que abarca de manera favorable al asunto de la continuidad y la ligazón de los fenómenos históricos.

3.5 La democracia es un régimen de comunicación

Un aspecto que Durkheim menciona tangencialmente pero que tiene gran importancia en el contexto de su obra es el del afianzamiento de la visión laica del fenómeno estatal. En las sociedades antiguas las representaciones religiosas estuvieron hipostasiadas en los órganos políticos. "Los representantes del Estado tenían un carácter sagrado y, como tales, están separados del común".⁷⁸ Esta distancia paulatinamente se fue acortando con el proceso de laicización hasta que el Estado llegó a caracterizarse precisamente por su tangibilidad. Pero si Durkheim fue proclive a separar la moral de la religión, nunca tuvo la misma disposición para escindir la política de la moral; por eso sus explicaciones políticas no tienen referentes desde el punto de vista de la dominación. No debe entonces extrañarnos que en su caracterización del régimen político éste aparezca más como fenómeno de comunicación que de dominación.

La representación del régimen político en la obra durkheimiana es muy peculiar: su autor nos coloca de golpe ante dos fuerzas morales

⁷⁸ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 80.

confrontadas: en un polo ubica al Estado, de cuya composición proviene el pensamiento social organizado y esclarecido; el otro polo queda reservado a la Nación como masa de ciudadanos y, más exactamente, como sociedad. Lo curioso es que en esta confrontación no prevalece el Estado como aparato de dominación; sino la sociedad en tanto grupo más extenso y diversificado. Ahora bien, si la sociedad acoge sólo individuos desarticulados su situación es *anómica* y su enorme fuerza desorganizada coloca en riesgo la estabilidad del orden estatal.⁷⁹

La comparecencia directa de los ciudadanos en los órganos del Estado —como se plantea por los teóricos de la democracia liberal— desborda la especificidad de los órganos deliberativos.⁸⁰ La masa como tal nunca puede gobernarse por sí misma ya que sus incontinencias desajustan el equilibrio del Estado; al contrario, el aparato deliberativo necesita distancia y especialidad. Requiere alejarse de los ciudadanos para poder practicar su función orientadora y directiva. Si el Estado se sumerge en la oscuridad del pensamiento colectivo no puede ejercer ningún efecto racionalizador y las sociedades o se estancan o se disgregan.

"El único medio de impedir que una fuerza menor (El Estado) caiga en la órbita de una fuerza más intensa (La Sociedad) es intercalar entre la primera y la segunda cuerpos resistentes que amortigüen la acción más enérgica".⁸¹ Otra vez, como vemos, la solución apunta en el sentido de las asociaciones profesionales, pero antes de volverlas a situar conviene advertir que la tesis durkheimiana es contraria a la lógica del pensamiento político moderno; en ésta radica la convicción de que es la sociedad —y más concretamente los individuos— la que debe ser protegida por un sistema de garantías jurídicas de la acción estatal; necesariamente porque en los órganos públicos está depositado el mayor cúmulo de la fuerza social.

Como aparatos constitucionales del control social, los grupos intermedios —léase las asociaciones profesionales— deberán evitar el asalto al Estado por parte de la sociedad. Aquí el pensamiento durkheimiano toma un giro peligroso, porque al sobrevalorar las corporaciones y convertirlas en zonas de encuadramiento social, económico y político —porque al final de cuentas les atribuye también el carácter de célu-

⁷⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 98.

⁸¹ *Ibidem*.

las básicas para la vida política—, Durkheim se coloca muy cerca de lo que fue el nacional-socialismo, al concebir el encuadre de los grandes sindicatos en la estructura del partido. Es un hecho innegable que Durkheim no fue un fascista; sin embargo, sus coqueteos corporativos tampoco ayudan demasiado para calificar su pensamiento como el de un demócrata ortodoxo.⁸²

Para Durkheim la democracia es un régimen de comunicación que vincula el área del pensamiento social difuso y desorganizado con el área del pensamiento sistemático del Estado. El influjo de la sociedad en los órganos deliberativos del gobierno y la apertura de éstos para incorporar críticamente a su discurso los elementos procedentes de la vida colectiva, son los primeros datos para hablar de democracia.

Lo que define el carácter de un régimen democrático es la mayor o menor extensión relativa a través de la cual se integra el pensamiento estatal. Si los procesos deliberativos se efectúan a través de cauces amplios y con una apertura tal que se logra captar un sector extenso de opinión entre los miembros de la colectividad, el índice democrático es auténtico. Por el contrario, si los órganos públicos son estrechos y excluyentes, no hay posibilidad de que los temas atinentes a la decisión estatal puedan permearse a la sociedad.⁸³

Así, la democracia es en realidad un régimen de flujos de comunicación cuyo valor final estriba en la difusión que puedan tener los asuntos públicos entre los gobernados. A estas alturas hubiera sido necesario que Durkheim tratara lo relativo al papel de las disidencias dentro de una sociedad política de carácter democrático. Sin embargo, omite el tema, haciendo desembocar su propuesta en la afirmación de que los ciudadanos conscientes y esclarecidos sobre la necesidad de su obediencia son, en realidad, más autónomos que aquellos cuyo acatamiento responde a pautas mecanizadas solamente.⁸⁴

La diferencia entre la obediencia mecánica y la deliberada estriba en que la primera no permite la identificación clara de las necesidades sociales que motivan las transformaciones. Por el contrario, la actitud del ciudadano autónomo siempre favorece la comprensión de los impulsos móviles y progresivos que se generan desde el Estado. Cuando el desarrollo de la vida material plantea problemas nuevos a las instituciones establecidas, es necesario que los desfases sean, especialmente,

⁸² *Ibidem.* pp. 80 y 82.

⁸³ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, pp. 82 y 84.

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 88.

atendidos desde el Estado y que éste promueva acciones sociales tendientes a paliar la insuficiencia moral o reglamentaria que ocasionan las novedades.⁸⁵

Bajo estas premisas es explicable que Durkheim proponga como elementos nucleares de la democracia a los procesos deliberativos y a la apertura al cambio promovido desde los órganos públicos. Sin embargo, para un liberal, las tesis de Durkheim serán siempre recetas de adaptación y no alientos de independencia.

Contra las tipologías clásicas de las formas de gobierno que, según Durkheim, se sostienen siempre en el criterio del número de sujetos que integran el cuerpo de mando, concibe una clasificación de carácter más funcional. Ya entendido el régimen político como un espacio de comunicación entre gobierno y sociedad, hay que buscar diferencias de grado. Si los orígenes de la conciencia gubernamental favorecen por su amplitud una comunicación intensa y frecuente, éstas se corresponden con el perfil democrático; si, en cambio, se organizan de una manera estrecha y excluyente, entonces estaremos en presencia de una monarquía o de una aristocracia.⁸⁶ Todo esto tiene como presupuesto la firme convicción durkheimiana de que el gobierno, como función actual, nunca es papel de mayorías. Por eso insiste tanto, en mantener bien diferenciado al órgano estatal del resto de la colectividad.

A los procesos electorales, que generalmente ocupan el sitio de honor en los análisis contemporáneos de la democracia, Durkheim les concede medio párrafo, tan sólo, para hacer manifiesta su opinión de que las elecciones territoriales han perdido sentido ante los ajustes de la vida social; para relevo, Durkheim piensa, como siempre, en las asociaciones profesionales.

La democracia merece en la obra durkheimiana un doble tratamiento: procesalmente, se la concibe como flujo de comunicación entre gobernantes y gobernados; axiológicamente, se la explica como cauce proclive a la consumación del culto a la persona. Todo ocurre, sin embargo, en un contexto en el que Durkheim se tomó la licencia de efectuar algunas suplantaciones graves: situó a la moral en el papel de la política, a la comunicación en el rol de las relaciones de dominio y, finalmente, al consentimiento esclarecido en el lugar de la violencia.

En todo el proceso existe una zona de tabú; Durkheim nunca se refiere al partido político, quizás porque la evidente aptitud de estos

⁸⁵ *Ibidem.*, p. 87.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 82.

órganos para actuar en la arena del régimen hubiera hecho inexplicable la función política que éste quiso conferir a las asociaciones profesionales.

4. EL DERECHO COMO MORAL ORGANIZADA

4.1 ¿Derecho o moral?

A Durkheim se le debe agradecer que haya planteado un estudio tan prolijo del fenómeno jurídico desde la sociología. Sin los puntos de vista exógenos es probable que el derecho continuara inmóvil en torno a sus viejos debates: iusnaturalismo *versus* formalismo o, si se quiere, justicia *versus* validez.⁸⁷ Los viejos análisis jurídicos marginan el problema de la eficacia y de la función del derecho en la sociedad. Afortunadamente, el enfoque crítico de los sociólogos del entresiglo ha colaborado para superar esta omisión.

Los esfuerzos por hacer sociología jurídica desde el derecho fueron en general menos logrados. Por ejemplo Ihering, en *El Fin del Derecho*, intentó sustituir los enfoques dogmáticos por un tratamiento realista del fenómeno jurídico; sin embargo, simplemente traspuso metafóricamente algunos elementos de la mecánica newtoniana. Planteó entonces un modelo analítico cuyas categorías fueron las *palancas* y los *intereses*. El propósito fue explicar la función del derecho en el contexto de la dinámica social.⁸⁸ El resultado fue sin embargo un ejercicio artificial que no logró aprehender las especificidades de la vida en sociedad. La rudeza transpositiva de estos análisis permiten apreciar mejor el esfuerzo de Durkheim, más dimensionado en los fenómenos sociales.

En la obra durkheimiana el derecho no se presenta como un acontecimiento autosubsistente, sino que aparece inmerso en el gran ámbito de los fenómenos normativos. En general, en los hechos sociales hay una tendencia natural a la prescripción y, por eso, todos son hechos morales.⁸⁹ Moral, en términos durkheimianos, significa fuerza de integración social y vida estructurada. Según su grado de organización, los hechos morales pueden asumir diversas formas concretas: usos o prác-

⁸⁷ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1990, pp. 305 a 306.

⁸⁸ IHERING, Rudolf von, *El Fin del Derecho*, t. I (2 vols.), México, Ed. Cajica, 1961, todo el vol. I.

⁸⁹ DURKHEIM, Emile, *Las reglas...*, p. 38.

ticas, costumbres, derecho o religión. Todas estas manifestaciones aparecen en un *continuum* estructurador y forman la vida institucional de la sociedad.

Las instituciones son sistemas de representaciones "cristalizadas" que, desde las prácticas y creencias, adquieren un grado establecido de regularidad.⁹⁰ El derecho es, en esencia, un proceso institucionalizador; sus prescripciones son precisas y eficaces. Axiológicamente, la presión que ejercen las instituciones sobre las conductas individuales se justifica por el criterio unificador y cohesivo que desarrollan.⁹¹

Un dato común a los hechos morales es la sanción que siempre tienen asociada. Sin sanción no hay moral. Si en la conducta de los individuos no gravitaran las pasiones y las tendencias a la disgregación nunca se hubiera desarrollado una concepción asociada del deber y del castigo. Sin embargo, la existencia de estas presencias desordenadoras hacen necesarias las reglas prescriptivas. En general, las reglas morales tienen una sanción difusa que aplican indistintamente algunos elementos del grupo; pero el derecho presenta otras características. La infracción a la norma jurídica produce una sanción nítida, organizada.⁹² Esta diferencia en el grado de estructuración de las sanciones es, para Durkheim, el único dato diferenciador que existe entre derecho y moral. No es una discriminación que atienda a aspectos sustantivos; en realidad el derecho es también un hecho moral; sólo se distingue por factores secundarios como el grado de concretización y de estructuración. El derecho es, entonces, una moral especializada y de rango estricto.

Entre los fenómenos morales sólo la religión y el derecho tienen el grado de fijeza que se requiere para su identificación exterior. La solidaridad, en tanto proceso moral cohesivo, carece de la materialidad necesaria para su observación directa.⁹³ Sin embargo, Durkheim cree haber descubierto una correspondencia precisa entre la solidaridad y los tipos jurídicos que la expresan, al grado de sugerir que el contenido de las normas jurídicas es el sentimiento de solidaridad del grupo.

Además de ser expresión y forma exterior, el derecho también es dato autónomo. Precisamente de su formalidad se deriva, a los hechos morales, una garantía de eficacia; aunque Durkheim nunca vinculó

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 39 y 60.

⁹¹ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 78.

⁹² *Ibidem*, pp. 88 y 89.

⁹³ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

sustantivamente el derecho al Estado. Creo que es lícito aquí intentar una reconstrucción del nexo. Si el Estado está compuesto de órganos deliberativos y algunos de ellos tienen como función principal la producción de leyes, podría afirmarse que la legislación es parte del discurso estatal, es decir, del pensamiento social esclarecido que produce el Estado a través de los órganos de gobierno. El derecho —por lo menos el legislado— deriva su nitidez y su precisión de su origen estatal. Antes, cuando en la sociedad política no existían órganos deliberativos, el derecho debió haber tenido un menor grado de precisión en su forma. Aquí podría surgir una explicación coherente del tránsito de un derecho pre-sistémico al derecho altamente racionalizado de la actualidad.

Utilizar el derecho como dato empírico de las formas de relación social no es descabellado; sin embargo, hay márgenes de error a los que Durkheim les atribuyó poca importancia. Como el derecho descansa fundamentalmente en las costumbres y no es más que su expresión refinada desde el punto de vista institucional, no cabe plantear como asunto moral la falta de correspondencia entre el derecho y el estado de cosas existente. Esta situación sería posible pero excepcional.⁹⁴

La concatenación durkheimiana derecho-realidad es, no obstante, más problemática de lo que su autor quisiera. Ya Talcott Parsons lo hizo notar con bastante claridad:

A pesar de la posibilidad de que las normas, incluidos los ideales éticos, pueden ser tratadas como fenómenos empíricos no debe nunca olvidarse que son fenómenos de un tipo muy especial: que son, para los individuos que actúan, normas ideales.⁹⁵

En la transcripción queda insinuada la consecuencia del argumento: siempre es posible un desfase entre el orden formal de una sociedad y su constitución real. En países como México, por ejemplo, esta conclusión tiene carácter de axioma.⁹⁶

4.2 La pena y los tipos sociales

Tan consustanciados están derecho y moral en la obra de Durkheim, que su sociología jurídica la inicia por el dato que considera típico

⁹⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁹⁵ PARSONS, Talcott, *op. cit.*, p. 492 (vol. I).

⁹⁶ Vid. ESCALANTE, Fernando, *Ciudadanos Imaginarios*, México, Ed. Col. Méx., 1992, pp. 287 a 293.

de los fenómenos sociales: la sanción. A partir de la forma en que se actualiza la consecuencia prescriptiva, Durkheim desarrolla su tipología social. Según él, la sanción de tipo represivo es propia de comunidades simples en las que la conciencia colectiva juega como único codificador de las conductas. Las ofensas a los Estados fuertes e intensos de la conciencia común son las que desencadenan reacciones negativas de parte del grupo.⁹⁷ En el meollo de la conciencia colectiva reposa, como núcleo principal, el valor de pertenencia al grupo y las circunstancias de la unidad. En este caso lo punible son las conductas disgregadoras. Por eso Durkheim llama a este tipo de relación moral solidaridad mecánica o por semejanzas.

En contraste con la solidaridad por semejanzas Durkheim propone el tipo social de la solidaridad orgánica. En ésta predomina la diversificación de la vida social a partir de los efectos de la división del trabajo, por lo que el tipo de sanción jurídica es de carácter restitutivo. No se trata ya de castigar sino de obtener certeza para el tráfico económico y social. Los valores protegidos en este caso son las actitudes de cooperación y coordinación que efectúan los agentes sociales a través de movimientos de intercambio. Jurídicamente el instrumento por excelencia de la solidaridad orgánica es el contrato.

Entre más sencillo es el sistema de interacción de la comunidad más espacio se deja al carácter expiatorio de la sanción.⁹⁸ Ello porque una sociedad poco estructurada produce una conciencia pobre acerca de la seguridad de la persona y de su individualidad. Hay que recordar que para Durkheim el cambio debe ser progreso moral y éste sólo se consigue cuando existe un pensamiento social esclarecido y organizado que motiva el avance social en ese sentido. La conciencia colectiva siempre es difusa como discurso y por eso no alcanza los niveles de claridad que se requieren para el cambio social. Los nexos que existen entre conciencia colectiva y derecho penal en el pensamiento de Durkheim, lo llevan a afirmar que las normas penales han evolucionado poco aunque reflejan sólo los avances precarios de la conciencia colectiva.⁹⁹

No es claro que el derecho penal evolucione con lentitud, incluso las técnicas mismas del castigo han cambiado radicalmente con el surgimiento de las instituciones modernas. Como apunta certeramente

⁹⁷ DURKHEIM, Emile, *La División...*, pp. 28 y 29.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 87.

Michel Foucault: el castigo devino "función social compleja", y ahora su explicación hay que ligarla más al papel que juega como táctica política.¹⁰⁰ Sabemos que en el campo de la caracterización de las acciones estatales Durkheim fue parco; sobre todo en su primera etapa de pensador, a la que corresponde *La División del Trabajo Social*.

En una expresión fugaz Durkheim planteó, en relación con el tema del castigo, que el Estado tiene el poder de agregar la consecuencia de la sanción penal a algunas reglas morales.¹⁰¹ De esta tesis pueden extraerse varias consecuencias: que el gobierno es un intérprete activo y permanente de la conciencia colectiva; que la reacción de la comunidad siempre se expresa a través de un aparato político de competencia reconocida y, finalmente, que el derecho completa la eficacia de ciertas normas morales habitualmente desbordadas por el comportamiento de los sujetos sociales.

De la moral —y por ende del derecho— Durkheim siempre tuvo una opinión pragmática. Las reglas responden a necesidades sociales; a necesidades de orden generalmente.¹⁰² Al derecho le corresponde operar cuando las ofensas se dirigen a estados de la conciencia colectiva previamente calificados como graves, pero las normas jurídicas no cubren todo el espectro de las conductas sancionables. La parte residual corresponde a las costumbres y al tipo de sanción difusa que las caracteriza.¹⁰³ Hay entonces insuficiencia en dos sentidos: de la moral, porque sus mecanismos sancionatorios son poco concretos y tecnificados; del derecho, porque sus alcances institucionales no cubren todo el ámbito de las relaciones sociales.

4.3 Un enfoque estrecho

Es difícil establecer una explicación plena de la relación entre derecho y moral sin los vínculos que ofrece la variable política a esta conjunción. El derecho ejerce un papel subsidiario respecto a la moral, en tanto fija y hace previsibles las conductas de los sujetos de un modo que la ética no podría. La eficacia del derecho procede del respaldo que le otorga la violencia institucionalizada que se deposita, como energía rectificadora, en los órganos del Estado. En una fórmula muy precisa

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Presión*, México, Ed. S. XXI, 1981, p. 30.

¹⁰¹ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 93.

¹⁰² *Ibidem*, p. 11.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 74.

Habermas expuso: "mientras las normas morales son fines en sí, las normas jurídicas son *también medios* para la consecución de objetivos políticos".¹⁰⁴ El haber mutilado la tríada —moral-derecho-política— trajo a Durkheim numerosos inconvenientes teóricos, entre ellos el no haber podido explicar el proceso de tecnificación que vive el derecho a partir de las construcciones dogmáticas de los juristas.

Abordar el análisis del fenómeno jurídico desde la perspectiva de la sanción es justificable sólo cuando predomina en el enfoque la búsqueda de una solución al problema del orden. Bajo esta perspectiva resulta más importante la cuestión de la obediencia que los contenidos concretos del derecho. Para entender al derecho sólo como proceso de integración social, hay que estar dispuesto a sacrificar la explicación de otras funciones importantes que cumplen las normas jurídicas en la sociedad. Tal es el caso de las tesis promocionales, del arbitraje de intereses opuestos y de la concretización de la voluntad política.

El tratamiento del derecho, como elemento disciplinador, obnubila también la referencia a la capa concreta de juristas que desarrollan representaciones académicas y técnicas del fenómeno jurídico. De estos agentes especializados recibe también el derecho una dosis muy importante de sus contenidos, sobre todo a partir de la racionalización del orden jurídico en el mundo moderno. El desarrollo de un cuerpo dogmático de conceptos jurídicos es un dato importante para explicar aspectos autoconstructivos que se suscitan en lo jurídico. Sin la alusión a los especialistas, el derecho parecería obra inmediata de la acción social. En realidad, su grado de precisión depende de la interacción de las fuerzas sociales, de su desarrollo procesal en los órganos técnicos y también de un cuerpo profesional de intérpretes y analistas que acoplan las normas a distintas circunstancias de la realidad y del sistema jurídico en su conjunto. Para Cotterrell, por ejemplo:

El derecho tiene dos caras: es un mecanismo de regulación de la vida social mediante varias instituciones y prácticas, y al mismo tiempo un cuerpo de doctrinas o ideas, que puede ser lógica o dogmáticamente interpretado y desarrollado.¹⁰⁵

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1991 (Col. Pensamiento Contemporáneo Núm. 17), p. 167.

¹⁰⁵ COTTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, p. 15.

En la obra de Durkheim no son visibles las dos fases; su propuesta evidencia sólo un interés parcial por el derecho. Fuera de sus funciones de integración social no hay datos que permitan un análisis detallado.

No haber considerado el fenómeno de la estatalidad del derecho en su magnitud verdadera da, al análisis de Durkheim, fortaleza y precariedad al mismo tiempo. Precariedad, porque sus tesis parecen tener por objeto siempre a un derecho elemental y cosificado —no por casualidad su análisis cubrió aspectos como la sanción y el carácter concreto del derecho—. Fortaleza, porque siempre es sugerente un enfoque sobre el ámbito jurídico que permita al observador verlo operar junto a otros elementos normativos de la sociedad. La reflexión de Durkheim favorece, desde este punto de vista, un planteamiento genético del derecho, y facilita la consideración de las áreas del mundo jurídico que son distintas a la ley. Para constatar hasta qué punto Durkheim se desprende de las referencias políticas, hay que recordar el pasaje donde manifiesta que, el poder del Estado no es distinto a ese otro poder que se encuentra difuso en los órganos institucionales de la sociedad.¹⁰⁶

Entre las pocas alusiones que hace Durkheim al derecho, considerado propiamente como *Ley*, pueden rescatarse los siguientes criterios: la ley es una prescripción formal de conducta definida al margen del libre arbitrio; la Ley procede de la sociedad, pero sólo una sociedad organizada tiene la supremacía necesaria para dictarla, por último, la libertad depende de su definición legislativa.¹⁰⁷ Como puede colegirse, la imagen durkheimiana de la ley responde a una perspectiva autoritaria, similar a la que se propone al caracterizar la disciplina como elemento de la moral en su obra sobre la educación. Extrapolando estos conceptos, cabría afirmar que, fuera del enfoque pragmático que liga al derecho y a la moral con las necesidades de cohesión del grupo, no hay en Durkheim necesidad de plantear el problema de la legitimidad del orden jurídico. La moral nunca alcanza en la obra durkheimiana una verdadera estatura de moral pública, en el sentido que podría asignársele a este término dentro del pensamiento moderno. Hace falta explicitar mucho más la ligazón que prevalece entre un estado que piensa, un derecho que sanciona y un ciudadano que, principalmente obedece.

¹⁰⁶ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 97.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 9 a 11.

4.4 Crimen, Derecho y sentimiento

Así como el racionalismo se empeña en soslayar el papel social de las emociones y de la intuición, Durkheim una y otra vez acude a este nivel de los móviles de la conducta para fundar sus explicaciones del proceso social. Cuando se refiere al pensamiento esclarecido del Estado, deja para la conciencia dispersa de la sociedad el calificativo de pensamiento *subconsciente*; con ello quiere indicar: disperso, oscuro y emotivo. Los sentimientos sociales "que circulan difundidos por toda la extensión de la sociedad" se proyectan de manera permanente sobre las decisiones que toma el Estado.¹⁰⁸

Los asuntos pasionales se hacen también presentes en *La Educación Moral*. Debajo del sistema económico que delinea el mercado, existe una red complicada de pasiones personales. Si se quiebra su estructura normativa "las ambiciones económicas, no teniendo más límites, se sobreexitarán y se afiebrarán...".¹⁰⁹ Más adelante expone que si los individuos hubieran vivido aislados "el instinto hubiera bastado para todo".¹¹⁰ Sin embargo, como su existencia es naturalmente grupal, para su organización ha sido indispensable el concurso de la conciencia reflexiva. Finalmente, cabe recordar que la disciplina es "la moderación de los deseos y el autodomínio".¹¹¹ Se deduce entonces que los asuntos emotivos, mientras son individuales, constituyen un factor potencial de disgregación, pero en cuanto se conjugan socialmente y se integran a las representaciones comunes se convierten más bien en sustituto pasional de la unidad del grupo.

No fueron casuales las afinidades que apunta Talcott Parsons entre la obra de Durkheim y la de Hobbes; vinculadas por "el problema del orden", coinciden en la preocupación que les genera la naturaleza pasional del individuo. En el caso de Hobbes, la solución es la sujeción violenta; en el de Durkheim, la respuesta mira más hacia el *consenso*. Para ambos pensadores, sin embargo, la vida social debe mantener un grado importante de presión contra los impulsos pasionales del individuo.

Ya en el campo jurídico Durkheim define el crimen como un acto socialmente reprobado en la medida que hiere sentimientos colecti-

¹⁰⁸ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 78.

¹⁰⁹ DURKHEIM, Emile, *La Educación...*, p. 52.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 82.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 147.

vos.¹¹² El delito atenta contra la conciencia común, donde se mezclan de manera difusa creencias y *sentimientos*. A pesar de la confusión de su contenido, la conciencia colectiva alcanza a jerarquizar los sentimientos que la componen. Por eso es posible diferenciar al delito de otro tipo de faltas. La conducta criminal afecta estados fuertes de la conciencia colectiva; o sea, sentimientos antisociales especialmente calificados.¹¹³

Ya en pleno predominio de la división del trabajo Durkheim vuelve al campo del sentimiento para indicar que los contratos, además del acuerdo, necesitan ser justos y la justicia, en este caso, no es más que un sentimiento generalizado de equivalencia.

Desde la época de Durkheim, Ihering afirmó que "la fuerza del derecho descansa, como la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera". Hoy existe todo un desarrollo técnico sobre el "sentimiento del derecho".¹¹⁴ Este se integra con una capacidad que adapta intuitivamente lo institucional y lo ideal al fenómeno jurídico. La función se traduce generalmente en una actitud de reconocimiento y respeto al derecho vigente.¹¹⁵ Alude a una especie de prestigio implícito. Para Durkheim esta intuición reverencial tiene que ver con los antecedentes religiosos de las instituciones jurídicas. La formalidad del derecho es heredera en línea directa de la ritualidad religiosa de la antigüedad.

El nexo emocional que se establece entre sujetos sociales e instituciones jurídicas ayuda a Durkheim a afianzar la genuinidad del derecho como forma que expresa el sentimiento de solidaridad.¹¹⁶ Sin embargo, detrás de esta apariencia de certeza, siempre estaremos autorizados para preguntar si es el sentimiento jurídico el que ha creado el derecho, o si derecho es el que da origen a un sentimiento social de lo jurídico.

En el sentimiento moral promedio de los miembros de la colectividad, generalmente hay un rango de tolerancia a la disidencia. El mismo delito supone —por su normalidad— una zona de acciones de efecto

¹¹² DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 79.

¹¹³ *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 400 y 402.

¹¹⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, *El Sentimiento Constitucional. Aproximaciones al Estudio del Sentir Constitucional como Medio de Integración Política*, Madrid, Ed. Reus, s/a, 1985, pp. 48 y ss.

¹¹⁶ DURKHEIM, Emile, *Las Regals...*, p. 93.

calculado. No hay sociedad sin delito, porque tampoco existen sentimientos unánimes.

Recordemos que, para Durkheim, en este pequeño margen de disidencia se fincan las posibilidades de originalidad individual; por eso "es preciso que los *sentimientos* colectivos que constituyen la base de la moral no sean refractarios al cambio y que, por consiguiente, tengan sólo una energía moderada".¹¹⁷

4.5 Orden Social y Orden de las Cosas

Durkheim inicia el estudio de la solidaridad orgánica por los derechos reales. Quizás aquí, más que a las conveniencias de su desarrollo teórico, haya atendido a la secuencia tradicional de los civilistas.¹¹⁸

Los derechos reales no plantean en sí mismos acciones de cooperación; al contrario, trazan cotos de individualidad en la medida en que las personas conforman sus patrimonios personales. El derecho garantiza la exclusividad sobre las cosas a favor del titular y opera un efecto excluyente sobre el resto de la sociedad. A esto Durkheim lo denomina solidaridad negativa.¹¹⁹

Según Durkheim, la relación que existe entre cosas y personas motiva que se les tenga que tratar dentro de un mismo sistema. "Las cosas (...) forman parte de la sociedad al igual que las personas, y desempeñan en ella un papel específico; es necesario, por consiguiente, que sus relaciones con el organismo social se encuentren determinadas".¹²⁰ Omitir la regulación de estos vínculos llevaría a colocar las relaciones patrimoniales en una situación *anómica*.

Las personas, al apropiarse de las cosas, les infunden una referencia específica dentro del orden social: las posicionan y, luego, a través de ellas, también los sujetos adquieren ubicación. No es necesario que el vínculo entre el titular y la cosa sea de naturaleza concreta; el derecho moderno, a través de su técnica de elaboración, permite que la relación sea inmaterial por lo que pueden estar separadas propiedad y posesión sin que esto altere la titularidad. El dato de exclusividad está fuera de la relación material; es una investidura directa de la ley al propietario. La titularidad se completa con la posibilidad procesal

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 95.

¹¹⁸ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 126.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 130.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 125.

del dueño para ejercer acciones judiciales contra las interferencias de otros sujetos en los bienes de su propiedad.¹²¹

Los derechos patrimoniales son la condición y el ámbito para que se desarrolle la individualidad de los sujetos sociales.¹²² En esto Durkheim coincide parcialmente con los pensadores modernos; sin embargo, se deslinda de ellos cuando expresamente niega que la propiedad pueda tener el carácter de un derecho natural; es decir, precivil. En la obra durkheimiana no hay posibilidades de transigir sobre este asunto: siempre los derechos individuales son un resultado y un producto de la vida social, es el grupo a través de la ley el que hace la investidura. Los autores que hacen propuestas derivando los derechos sobre las cosas del derecho al propio cuerpo, olvidan, según Durkheim, que en la vida social el hombre no se debe a sí mismo, sino a los demás.¹²³

La legitimidad del derecho de propiedad siempre está relacionada con el tipo de acto que la produce. Si bien el trabajo es la forma más encomiable para generarla, existen otros mecanismos también aceptados por las normas de la vida moderna. Tal es el caso de los intercambios, las donaciones y la sucesión. Sólo la adquisición de bienes para intercambios equivalentes, tiene que ver con el talento y los méritos del sujeto adquiriente. Ni las donaciones ni la herencia obedecen a este parámetro ético. Por su parte, el derecho del primer ocupante al que se refiere Kant, está bien justificado; sin embargo, pronto la dinámica social propicia que tengan movimiento las otras formas alternativas de legitimidad.¹²⁴

En las sociedades antiguas eran los bienes comunitarios los que fijaban la función social de los sujetos; el patrimonio común tenía virtudes atrayentes sobre los miembros del grupo.¹²⁵ La ausencia del principio de exclusividad impidió normalmente las disidencias y las intenciones de particularización. En una sociedad compleja el panorama es distinto. La legislación debe señalar las diferencias de los bienes y distinguir los apropiables de los que no lo son. Asimismo, debe pronunciarse sobre las condiciones de aptitud de los sujetos para adquirirlos.¹²⁶

¹²¹ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, p. 135.

¹²² *Ibidem*, p. 161.

¹²³ *Ibidem*, p. 117.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 127.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 154 y 162.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 130 a 132.

Si los derechos reales se realizaran regularmente en la práctica social con los atributos de sus definiciones normativas, no habría disfunciones que ameritaran el carácter coactivo de las normas protectoras. Sin embargo, en los hechos, están dispuestos de tal modo, que las barreras ideales de la legislación no impiden una serie de sobreposiciones y traslapes que surgen del ejercicio natural de estos derechos. Sin los ensambles normales de los derechos reales no habrá tráfico jurídico.¹²⁷

Cabe hacer notar que Durkheim no enlaza bien la fase estática de las relaciones patrimoniales —precisamente la que se refiere a los derechos reales— con la fase dinámica de la circulación es decir, la que se actualiza a través de los contratos.

Toca tratar un tópico muy significativo en la obra de Durkheim, me refiero a la comparación que realiza entre el derecho y la religión, tomando precisamente a la propiedad como ejemplo. Derecho y religión son representantes de ciertos valores colectivos. En el caso de la religión la imagen representativa es simbólica, ritual y hasta alegórica. En el ámbito del derecho la representación es profundamente racional. Sin embargo, en ambos casos lo representado es un conjunto de valores que tienen que ver con la conciencia del grupo. Podría afirmarse que, a partir de Durkheim, el avance del derecho como instrumento racional y de expresión de la solidaridad, comprende el declinamiento de la conciencia religiosa, la cual cumplía también con un papel simbolizante de la solidaridad. El continente de la religión es ritual; el continente del derecho es institucional, pero ambos tienen como contenido común al proceso de integración social.

En el cotejo de institución a institución Durkheim hace corresponder a la propiedad con el *tabú*. Desde su mundo ritual, el tabú logra conferir intangibilidad a ciertos bienes con los que entra en contacto la persona que tiene la investidura religiosa. El efecto de aislar y sustraer los objetos apropiables del campo de disposición de los sujetos, es el mismo que encierra el derecho de propiedad para preservar la exclusividad del propietario. El efecto de apartamiento de los sujetos sociales no habilitados para entrar en contacto con las cosas segregadas, es también idéntico.¹²⁸

Tanto la religión como el derecho son respuestas sociales específicas que atienden a combinaciones determinadas de necesidades e intere-

¹²⁷ DURKHEIM, Emile, *La División...*, pp. 128 y 129.

¹²⁸ DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, pp. 137, 139 y 145.

ses.¹²⁹ Como en otras situaciones análogas, en ésta, Durkheim insiste poco en el papel específico de la capa de sacerdotes o del estamento profesional de juristas. Tampoco existen desarrollos abundantes sobre un tema impecablemente sugerido: el de la vinculación entre las formas de la dominación religiosa y la dominación jurídica. Para atender estos aspectos la sociología tuvo que aguardar todavía por la obra de Max Weber.

El no haber tratado a la propiedad desde la perspectiva que otorga el constitucionalismo moderno, hizo a Durkheim extraviar una parte necesaria del contexto del tema. En reposición, abrió un espacio especial a la propiedad y a la vida, sugiriendo que los deberes que origina su protección están más allá de cualquier ámbito especial de la moral. Se sobreponen entonces a contextos particulares como el de la familia, la escuela, la asociación y hasta el propio Estado. Sin embargo, la explicación nunca es suficiente para justificar la proyección axiológica especial de estos deberes.

4.6 Igualdad y desigualdad en los contratos

La solidaridad orgánica concreta dos tipos de acción de los sujetos sociales: la cooperación y la coordinación. Dada la diversificación de funciones que origina la división del trabajo, se generan necesidades de articulación de la vida social, a las que ya no responde la conciencia colectiva como referente central. Entre más se enriquece el medio social con el surgimiento de nuevos sectores de acciones especializadas, más se debilitan los vínculos centrales. Jurídicamente ya no es posible atender la realidad social bajo un esquema de integración lineal al grupo. Por el contrario, se hace menester ofrecer un sistema normativo que pueda mantener en equilibrio el incesante movimiento de las relaciones sociales de intercambio.¹³⁰

Ya no se trata de poner a flote un sistema central de representaciones; a pesar de que ese tema nunca puede abandonarse, el énfasis regulador debe volverse sobre las necesidades particulares de la vida civil de los sujetos individualizados. Ahora el reto consiste en propiciar que se realice la vida particular de los agentes sociales, pero sin perder la cohesión estructural del grupo. Más que castigar contra los

¹²⁹ *Ibidem*, p. 154.

¹³⁰ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 134.

actos criminales, la sociedad requiere certeza para el intercambio; un derecho que organice los roles cooperativos. Para esto resulta mucho más funcional la restitución que la pena.

En el campo del intercambio de intereses la institución jurídica adecuada es el contrato.¹³¹ No el viejo contrato ritual que por su rigidez se colocaba más en las dimensiones sacramentales de la magia; sino un contrato nuevo, flexible; que permita armonizar ciertas definiciones institucionales con el consentimiento de las partes.¹³² Aquí está el meollo de la explicación durkheimiana. Su preocupación central consiste en localizar una fórmula que armonice las necesidades del conjunto societario con las necesidades específicas de ciertas relaciones concretas de intercambio.¹³³

En el enfoque de Durkheim el contrato no es un fenómeno estrictamente voluntario; al consentimiento se le debe completar con las circunstancias valorativas que ofrece el ámbito social donde el acuerdo se escenifica. En términos durkheimianos, "no todo en el contrato es contractual". Por fuerza, la sociedad acota el límite de las voluntades y sólo las deja actuar en un contexto funcional muy restringido. En las definiciones generales de los tipos de contratos existe, en cambio, una fuerza mayúscula de encauzamiento a la que los contratantes deben sujetarse.¹³⁴

Desde la perspectiva durkheimiana el contrato no puede plantearse sino como equilibrio de deberes; surge como una forma organizada de distribuir los cargos sociales entre los distintos agentes. Lo novedoso en los contratos modernos —consensuales— es que las obligaciones de las partes no se determinan a partir de estados preexistentes. El contrato consensual abre la posibilidad de pactar y de comprometerse a futuro.¹³⁵ Es una forma anticipada de canalización de los deberes en el tiempo que no fue conocida por los grupos sociales premodernos.

El sentimiento social generalizado que acompaña el elemento coactivo del contrato es un sentimiento extenso de simpatía que coincide con la idea del merecimiento social equilibrado.¹³⁶ El contrato debe ser

¹³¹ *Ibidem*, pp. 135, 138 y 140.

¹³² DURKHEIM, Emile, *Lecciones...*, pp. 179, 186 y 190.

¹³³ DURKHEIM, Emile, *La División...*, p. 384.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 225.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 227.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 228 y 229.

válido y también equitativo; esta doble condición garantiza la estabilidad de la relación en sí misma, pero también el equilibrio general de todo el régimen contractual.

En la obra durkheimiana hay tópicos importantes que surgen de la chistera como números finales: me refiero a la *anomia* y al fenómeno de la división colectiva del trabajo. Aquí Durkheim analiza el problema de la moral desde el punto de vista del conflicto, que de fondo no es otro más que el de la desigualdad social. A pesar de la prestidigitación final el problema no se resuelve, porque justo estos elementos deberían haber estado presentes durante toda la exposición de los tópicos de la obra durkheimiana.

Acaso tardíamente Durkheim, empavorecido por los efectos de la herencia, reconoce que una regla jurídica puede ser en sí misma objeto de detracción en relación con los fines sociales.¹³⁷ La herencia es el símbolo de la desigualdad general. (Esto no lo afirma Durkheim, pero lo podría afirmar.) Toda la estructura del intercambio y del contrato requieren de una condición de equilibrio en los sujetos que la realidad no proporciona. Según Durkheim en la herencia radica la fractura de una axiología que reconoce al mérito social como el índice necesario de la justicia contractual. La única desigualdad tolerable es la que proviene del resultado de la acción personal. El individuo debe aportar a la sociedad más de lo que recibe y esas prestaciones al grupo deben tasar su retribución. La herencia es una institución orgánica que no permite distribuir los bienes sociales de acuerdo con la acción de cada quien. Y lo peor es que la herencia fisura el equilibrio del contrato, porque toda superioridad de algún sujeto repercute en el resultado.¹³⁸

Es adecuado concluir este trabajo al más puro estilo durkheimiano. En no pocas ocasiones Durkheim expresó temas extensos y consecuentes cuya parsimonia rompió con algún destello radical de su conciencia, que no desconoció la existencia del conflicto y de la desigualdad. También es cierto que estos temas nunca estuvieron a punto en los momentos en que analíticamente su presencia hubiera sido deseable.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 397.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 400.

LA CONSTITUCIÓN Y LA TIRANÍA: UN PROYECTO CONSTITUCIONAL RAZONADO DE JOSÉ DIEGO FERNÁNDEZ TORRES

Rafael DIEGO FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presentación del autor*. III. *Proyecto de Constitución razonado por el licenciado José Diego Fernández*.

"Una constitución crónicamente violada por el resurgimiento endémico de una antigua realidad, tal es el marco en el que evolucionan los actores visibles de la política porfirista."

François-Xavier GUERRA

I. INTRODUCCIÓN

Realizar una investigación sobre un miembro de la familia, no por atrayente que pueda parecerle a uno, resulta nada sencillo, precisamente por lo cercano, emotiva y familiarmente, que se tiene al personaje en cuestión, aunque no se trate sino del bisabuelo.

Ahora bien, si esa persona además resultó de una capacidad singular para el trabajo, pudiendo reunirse en cerca de una decena de gruesos volúmenes los trabajos que dejó escritos, se comprenderá que la labor se complica aún más. Esto no sólo por el tiempo y el esfuerzo que significan ponerse al día con el personaje, sino por lo complejo que resulta seleccionar una faceta suya que, por una parte sea lo suficientemente representativa y, por la otra, lo bastante resumida para caber en unas cuantas cuartillas.

Este fue mi caso. A la hora en que me fue solicitado el estudio en cuestión, tuve que optar por seleccionar algunos de los incontables y variados trabajos que don José había realizado, algunos de los cuales no resultaban de fácil consulta.

Luego de repasar todo el material llegué a seleccionar cuatro que consideré los más significativos de su carrera como jurisconsulto y como

político, sus dos grandes pasiones en la vida —además de que todos ellos fueron realizados en la época de plena madurez intelectual del autor. Los trabajos seleccionados en un primer momento fueron:

Ante el Gran Jurado: Acusación contra el Señor Senador Lic. Don José López-Portillo y Rojas. Defensa producida por el Señor Lic. Don José Diego Fernández. Discurso pronunciado por el jurado señor ingeniero don Agustín Aragón, Anexos, México, 1909, Tipografía de Müller Hnos., calle del Dr. Casimiro Liceaga y Dr. Carmona y Valle (Indianilla), 156 pp. (incluye anexos).

La Constitución Federal de 1857 y sus reformas, prólogo de la Confederación Cívica Independiente; anteproyecto del señor licenciado don José Diego Fernández, México, 1914, Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, primera calle de Betlemitas núm. 8, 66 pp..

Discursos en el Senado: La Revolución de 1910, Golpe de Estado en Morelos, México, 1914, Tipografía Económica. 2a. de San Lorenzo núm. 32, 47 pp.

Política Experimental. Talleres Gráficos del Gobierno Nacional, México, MCMXIX, 585 pp.

Luego de no pocas lecturas y relecturas, así como de diversas consultas y asesorías con peritos en la materia, me convencí de lo trascendental de la aseveración de Guerra, según puede leerse en el epígrafe: "Una constitución crónicamente violada por el resurgimiento endémico de una antigua realidad, tal es el marco en que evolucionan los actores visibles de la política porfirista."

Como don José Diego Fernández tenía a su favor el haber redactado un proyecto de Constitución Mexicana, caso realmente excepcional, opté finalmente por esta posibilidad, tomando en cuenta una serie de consideraciones que, a mi parecer, reforzaban la decisión, aparte del hecho de que: ¿qué mejor símbolo de aquellos tiempos que, precisamente, la Constitución misma?

He aquí algunas de las consideraciones que en mayor medida influyeron en la selección del tema:

Por un lado estaba el hecho de que en dicho proyecto se concentraba la esencia de la experiencia jurídica y política del autor, así como la suma de sus conocimientos teóricos sobre dichas materias, los cuales, como puede constatarse en el apéndice en el que se consigna parte de lo que fue su biblioteca particular, eran considerables.

Por el otro estaba lo poco conocida que resultaba esta obra a pesar de los dos estudios que sobre la misma se han realizado, y que son:

La Constitución Federal de 1857 y sus reformas, prólogo de la Confederación Cívica Independiente; anteproyecto del señor licenciado don José Diego Fernández, México, 1914, Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, primera calle de Betlemitas núm. 8, 66 pp.

En el prólogo, redactado por los señores ingeniero Agustín Aragón y licenciado Fernando González Roa, y aprobado por la Confederación Cívica Independiente, se hace un estudio comparativo entre el anteproyecto que ahora comentamos y la Constitución de 1857.

El otro trabajo al que nos referimos es:

Un anteproyecto de Constitución de Don José Diego Fernández, tesis que para obtener el título de Licenciado en Derecho presenta Antonio Diego Fernández Mancebo, bajo la dirección del licenciado don Manuel Herrera y Lasso, Escuela Libre de Derecho, 1948, 70 pp.

En este trabajo, por el contrario, y según lo manifiesta su autor, lo que se hizo fue precisamente comparar el citado anteproyecto de su abuelo con la Constitución de 1917:

"El objeto de este estudio, una vez hecho el somero análisis de los antecedentes políticos e históricos que dieron vida a la Constitución que desde 1917 nos rige, es hacer una comparación entre dos proyectos de Ley Fundamental, el primero es el que el Constituyente de Querétaro convirtió en Ley Suprema; el otro, el que el señor licenciado don José Diego Fernández redactó a petición de la Confederación Cívica Independiente con las reformas y adiciones que su profundo conocimiento de la materia y su acendrado patriotismo le sugirieron" (*op. cit.*, p. 16).

De suerte que, por una parte, ya se había comparado el anteproyecto en cuestión tanto con la Constitución de 1857 como con la de 1917 y, por la otra, aún subsistía el problema de lo inexplicablemente poco conocido del trabajo de José Diego Fernández, según lo señalaba don Manuel Herrera y Lasso al principio de la tesis que dirigió sobre el mismo:

"El trabajo del alumno, bien pensado y bien escrito, adquiere importancia y relieve por referirse a un anteproyecto de Constitución mexicana formulado por su ilustre abuelo, que es un intento patriótico tan interesante como desconocido u olvidado por nuestros juristas" (*idem*).

Si a esto se agrega que la tesis mencionada, a pesar de su gran valor, nunca se publicó, se comprenderá que la situación sobre la obra de don José Diego se mantiene prácticamente en el mismo estado de

ignorancia por parte de los especialistas —si no es que más aún—, que en el año de 1948, en que el licenciado Herrera y Lasso se quejaba de ello.

Ahora bien, ya sólo bastaba encontrar la manera de abordar el tema, de suerte que no se repitiera con lo ya hecho. Luego de trabajar sobre los estudios que existían, en que se comparaba el anteproyecto con la Constitución que le antecedió y con la que le sucedió, me quedaban claras las semejanzas y diferencias que había entre el anteproyecto y dichas constituciones, tema de por sí relevante. Sin embargo, lo que no quedaba nada claro, eran los motivos por los cuales el licenciado José Diego Fernández había propuesto las reformas o adiciones que contenía su propio proyecto.

Afortunadamente, al tiempo que publicaba el antoproyecto de Constitución trabajaba ya en su obra: *México, política experimental*, en donde, bajo un estado de ánimo un tanto angustiado en un ambiente lleno de incertidumbre —debido precisamente a la situación de guerra por la que atravesaba el país—, razonaba sobre los fundamentos teóricos y empíricos que, en buena medida, nos ayudan a comprender la razón de ser de las reformas y adiciones que formuló, de manera por demás concisa, en su proyecto constitucional.

Si se toma en cuenta su experiencia y prestigio como jurista y como político, la época que le tocó vivir —sus años de madurez precisamente bajo el largo gobierno porfirista—, y lo vasto de sus estudios y conocimientos; y a esto se le agrega la singularidad y originalidad de su intento, en medio del grupo de notables jurisconsultos que entonces destacaba, se comprenderá el porqué es que nos hemos decidido a trabajar sobre este aspecto de su obra, precisamente, y no sobre otro alguno.

Ya tan sólo resta referir la razón de ponerle al trabajo el título de "La Constitución y la Tiranía".

Realmente merece una explicación el atrevimiento. Resulta que a la hora de estar preparando el presente artículo, por sobradas razones hubo que acudir frecuentemente a consultar la conocida obra de don Emilio Rabasa: *La Constitución y la Dictadura*.¹ Lo que en un principio me pareció una mera casualidad, y que finalmente acabé presumiendo como del todo indudable, fue que, a pesar de que no lo cita

¹ RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura: estudio sobre la organización política de México*, prólogo del doctor Andrés Serra Rojas, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1976. 246 pp.

para nada en su trabajo, don José Diego Fernández escribió su anteproyecto de Constitución, así como su obra de *México, política experimental*, para refutar, en buena medida, el punto de vista, tanto político como jurídico, manifestado por Rabasa en su obra en cuestión.

De que había un fuerte encono entre ambos personajes queda más que en evidencia con sólo revisar, aparte de la correspondencia personal de don José Diego Fernández,² las actas del Senado de la República, especialmente las del año de 1913. Al respecto puede consultarse uno de los discursos que entonces pronunció en la Cámara el senador José Diego Fernández, y que luego apareció publicado como:

Comisión Permanente: Su carácter y funciones, Discurso pronunciado por el licenciado José Diego Fernández, México, 1913, Tipografía Económica, 2a. de San Lorenzo, núm. 42, 47 pp.

El ánimo que privaba enter ambos senadores queda de manifiesto en pasajes como los siguientes:

"El Senador Diego Fernández. Voy, señores Senadores, á tratar de dar contestación á las observaciones hechas por el Señor Lic. Rabasa. Su Señoría estimó que yo dirigí un cargo al grupo á que pertenece y que ese cargo se resuelve en un elogio, pues que procuraba la unidad de orientación y de disciplina de ese partido. Seguramente su Señoría no escuchó bien la manera como yo formulé ese cargo. Yo reconozco en un partido su perfecto derecho para organizarse y formar un block solidario para resolver todas las cuestiones que se le presenten; pero para que ese procedimiento merezca mis elogios, necesito

² Para el año de 1913 el hijo mayor de don José, Salvador Diego Fernández, se encontraba de paso en Madrid, adscrito a la embajada, antes de incorporarse como Primer Secretario en Austria. Debido a la crítica situación que se vivía en México, mantenía permanente contacto epistolar con su padre, quien como pocos estaba al tanto del destino siempre incierto de los funcionarios públicos, de uno de los cuales, el Ministro de Relaciones Exteriores, dependía por completo la suerte del cuerpo diplomático en pleno.

En carta enviada a Madrid, fechada en 21 de junio de 1913, escribía don José a Salvador su hijo entre otras cosas:

"Fuí a ver a La Barra, a darle las gracias, y me dijo que ya había firmado tu nombramiento —como Primer Secretario en la Legación de Austria— y se te había comunicado por cable para que prepararas tus arreglos de habitación, etcétera. Le expresé mis temores de que si fuere cierto lo que la Prensa dice respecto al nombramiento de Rabasa para ministro de Relaciones, tendrías que sufrir contrariedades, me dijo que él saldría con licencia y que Rabasa no sería nombrado."

Debo a la amabilidad de mi tía, la señora Teresa Diego Fernández de Gutiérrez Sansano, el haber obtenido copias de la correspondencia personal de don José Diego Fernández.

que ese partido marche por una misma ruta, en línea recta, sosteniendo siempre los mismos principios. ¿Son, acaso los mismos principios los que sostiene el grupo á que se refiere el señor Rabasa?"... Y más adelante: "Otro argumento, que merece el calificativo de populachero..." Y más aún: "El Sr. Rabasa nos ha hecho un argumento que tiene mucho brillo; pero muy poco fondo" (pp. 39 y sigs.).

Aunque ya sería materia de otro estudio, vamos aquí tan sólo a señalar lo que consideramos la diferencia insalvable de criterios entre los licenciados Emilio Rabasa y José Diego Fernández. El parámetro que utilizaremos para medir sus profundas diferencias ideológicas será precisamente la opinión que cada uno de ellos sostenía sobre lo que el porfiriato había significado para la historia de México.

Afirmaba Rabasa: "Durante los veintiséis años de su segunda administración, México vivió bajo la dictadura más fácil, más benévola y más fecunda de que haya ejemplo en la historia del Continente americano" (*La Constitución y la Dictadura*, p. 109).

Si a esto se agrega que el personaje en cuestión no vió tampoco con malos ojos el colaborar directamente bajo la administración del presidente Victoriano Huerta, entonces se entenderá mejor el abismo que separaba a tan connotados personajes.³

Para empezar tomemos la distinción que don José Diego hace entre "dictadura" y "tiranía":

"Al régimen del General Díaz se le ha llamado por sus amigos dictadura.

"No le corresponde este nombre. En política es diferente la tiranía de la dictadura. La dictadura es un régimen legal, transitorio, breve, limitado y destinado a mantener las instituciones. La tiranía es régimen contra las leyes, sin más límites en tiempo y en existencia que la fuerza que lo apoya; es para destruir las instituciones.

³ Sobre la opinión del autor en torno al huertismo y sus colaboradores, tenemos el siguiente comentario:

"Es el fondo de la corrupción política aplicar esta regla: 'Dar la razón a los amigos cuando se sabe que no la tienen.' La moralidad comienza a ejercer su influencia cuando la regla comienza a tener excepciones. Los amigos quieren vender la patria, el partidario honrado se aparta y rompe con su partido. Fue el triunfo de la moral. El partido quiere hacer suyo el tesoro nacional, quiere convertir en su provecho exclusivo los derechos de sus conciudadanos, el partidario honrado resiste estos propósitos y deserta de las filas de sus amigos. Un partido decide emplear un Picaluga para matar a un Guerrero, emplear un Huerta para matar un Madero, el político honrado rompe sus vínculos con los que confunden la política con el crimen" (pp. 38-39).

"La dictadura es una institución que responde a necesidades pasajeras durante las cuales los otros órganos sociales no pueden funcionar, es la concentración de todos los poderes en una mano, decretada por el Poder Legislativo para ser ejercida dentro de los límites y por el tiempo que se señale. Washington fue nombrado dictador, Juárez revistió ese carácter cuando una invasión indicaba que el Poder Legislativo no podría reunirse, que elecciones no podrían verificarse, lo que no impedía la necesidad de que hubiera un jefe a quien todos prestaran obediencia. Ese jefe fue el dictador Jorge Washington, lo fue Benito Juárez, en provecho de los países que gobernaron.

"La dictadura romana salvó al pueblo varias veces. Era decretada por el Senado, se ejercía por un plazo de seis meses, y el dictador tenía por límites; no poder tocar el tesoro, no poder salir de Italia y no poder andar a caballo por Roma sin previo permiso del pueblo. Era el único que podía llevar la toga pretexta.

"Así lo describe Mommsen. Maquiavelo la juzga institución salvadora, y dice: 'Lo que daña a una república son los Magistrados que se crían a sí mismos, las facultades que se adquieren por vías ilegítimas y no las que se otorgan por medios legales. El dictador no puede ordenar nada contra la forma de gobierno. Sin la institución de la dictadura, con dificultad podrá un Estado escapar a sacudidas extraordinarias. Los remedios son tardíos y se hacen muy peligrosos cuando tienen que aplicarse a males que exigen remedios rápidos. En un Estado bien constituido no debe verificarse acontecimiento alguno para el que no haya medios legales, porque si los ilegales pueden producir bien por el momento, su ejemplo causa mal.'

"'El hábito de violar la Constitución para hacer el bien, autoriza a violarla para justificar el mal. Jamás una república es perfecta si sus leyes no han provisto a todo, si no han creado el remedio y dado el medio de aplicarlo. Las repúblicas que ante peligros inminentes no han acudido a un dictador deben perecer infaliblemente. En los últimos tiempos de Roma, en vez de nombrarse un dictador, el Senado acordaba: que el Cónsul provea a que la República no sufra quebranto: *Videat Consul ne Republica quid detrimenti capiat.*'"

"La dictadura era salvadora para determinada emergencia, era temporal, era limitada, era legal. Expresaba un medio legítimo y eficaz de defensa. El artículo 29 de nuestra Constitución con todas sus deficiencias, con todas sus imprevisiones creó la dictadura limitada que nos salvó durante el Imperio.

"El régimen del General Díaz era perpetuo, ilimitado, ilegal, destructor de instituciones, corruptor de las conciencias de los funcionarios, obligándolos al perjurio y a la violación de la ley. Fue un llamamiento a la violencia para ponerle término.

"No, ese régimen era tiranía y no dictadura" (pp. 508-511).

Y en otra parte habla de la, supuestamente, mayor contribución del porfiriato a la vida del país:

"La paz era la obra política del General Díaz, a esa paz se habían sacrificado las libertades, instituciones, moral política, garantías de ciudadanos, etc., etc., y cuando los sacrificios eran ya inmensos, ¡la paz se derrumba! Obra política que no sobrevive a su autor, es un fracaso. Fracasó el porfirismo dejando como huella la conciencia política envilecida, al país ante graves peligros internacionales, y ostentando como ironía sangrienta el título que le decretaron sus cortesanos ¡héroe de la paz!" (p. 356).

Finalmente se refiere al verdadero daño que el régimen de Díaz causó a la nación mexicana:

"Los Césares han defendido sus intereses, proscribiendo la enseñanza de la política. Por eso el reinado de la tiranía del General Díaz no conoció ni una escuela política, ni un libro sobre gobiernos, ni una sola enseñanza práctica de libertad. Si aspiramos a la libertad por la democracia, debemos aceptar como urgente necesidad la educación política del pueblo. A iniciarla tienden estos elementos; ellos proclamarían que hemos tenido una democracia con César.

"Un pueblo está caracterizado por su vida de solidaridad, de ayuda mutua. Gente sobre tierra no es sinónimo de pueblo. La vida de aislamiento, de preocupación exclusiva por lo que directamente nos atañe, la indiferencia para los males del vecino, la inercia ante la violación de sus derechos, es la condición de la servidumbre, es el medio en que los tiranos viven y se desarrollan.

"El juramento de los peregrinos ingleses sobre La Flor de Mayo en pleno océano, de "todos para cada uno" es el vínculo social de los que viven bajo el imperio de una ley. Ese espíritu de solidaridad es el eterno compañero de los pueblos libres. El ciudadano inglés se siente libre, no porque crea imposible que sus derechos sean violados, sino porque sabe que si sus derechos fueran atacados, serían defendidos por el pueblo inglés. Los Estados Unidos tienen alguna práctica contraria a la civilización y a los principios de justicia, la que entrega el castigo de criminales a masas apasionadas, ignorantes de los hechos

imputados, y sin pruebas bastantes de responsabilidad. Me refiero a la ley Lynch que en su brutalidad proclama la cohesión social, el interés que a los ciudadanos inspira la violación del derecho de otro, interés que se manifiesta cuando se congregan gentes pacíficas, dispuestas a grandes esfuerzos activos, y con peligros personales sólo para restaurar el derecho herido, para castigar al que lo ha violado. No hay pueblo, no hay defensa social, no hay solidaridad sino cuando ya no se piensa, sino que sólo se siente que el ataque al derecho ajeno es amenaza al propio derecho, y se defiende al conciudadano como se defiende al propio patrimonio. Disminuir esa solidaridad, hacer menos intensa la preocupación por el derecho ajeno, es atacar no las instituciones, no una forma de gobierno, sino atacar la existencia del pueblo, rompiendo los vínculos de unión, inyectando el virus de la disolución social. Treinta años nos ha impuesto la tiranía ese régimen. Ante las violaciones de domicilio, ante las prisiones contra escritores, ante la ley fuga, ante el peculado, ante la persecución de los disidentes, ante los tormentos aplicados, ante las consignaciones por la leva, se nos impuso el silencio para no ser perseguidos. Así se nos ha obligado a guardar silencio, ahogar todo signo de reprobación contra lo ilegal, como condición indispensable para no ser perseguidos. Para fundar el poder de un hombre, se luchó por romper la solidaridad social" (pp. 9-11).

II. PRESENTACIÓN DEL AUTOR

Don José Diego Fernández Torres nació en Cuernavaca, el primero de septiembre de 1848, muriendo en la ciudad de México el 10 de julio de 1923, a los 74 años de edad. Sus padres fueron Félix María Diego Fernández y Atanasia Torres Marván, quedando a los tres años de edad huérfano de padre. Los estudios los realizó en la capital, primero en el Seminario Conciliar de la ciudad de México y luego se recibió de abogado en la Escuela de Jurisprudencia.

En 1885 fungía como Secretario de la Suprema Corte de Justicia Militar y, al año siguiente, era designado Procurador de Justicia de la misma Corte. Otros cargos públicos que desempeñó fueron los de Diputado Federal y de Senador por su estado natal.⁴

⁴ Para mayor información sobre los datos biográficos puede consultarse el estudio que publicó el gobierno de Morelos, en el año de 1982, con motivo de la devaluación de la estatua que el gobierno del Estado mandó hacer al escultor Miguel

Aparte de su carrera política su otra gran pasión fue el ejercicio de abogado, al frente de su bufete, en donde patrocinó algunos de los litigios más sonados de la época, como el de Amor vs. Escandón.⁵

Sin embargo, más que de su biografía, en esta ocasión vamos a ocuparnos de algunos de los rasgos más sobresalientes de su carácter, mismos que creemos nos han de ayudar a comprender el trabajo suyo que ahora comentamos: su proyecto de Constitución.

Las notas que a continuación presentamos, tendientes a destacar algunos de los rasgos que consideramos sobresalientes de su personalidad, están tomadas todas ellas de su obra *México, política experimental*.

— Independiente. Algo de lo que se enorgulleció a lo largo de su vida a pesar de la cantidad de enemistades y problemas que le acarreó, fue precisamente de que, sin importar el costo, siempre hablaba con la verdad. Al respecto he aquí un párrafo que bien podemos considerar como su declaración de principios:

“El progreso humano comienza cuando termina la unanimidad. Conformes todos en una afirmación, sin existencia de dudas en cerebro alguno, nadie examina, nadie investiga, nadie comprueba, nadie revisa. Un pensador disidente, con él comienza el progreso. Así han nacido todas las verdades: un disidente, una falange que se le une, una mayoría y luego la aceptación general cierra la marcha. Si la disidencia es errónea el trabajo de refutación permite que arraigue más profundamente la verdad combatida. Jesucristo fue el primer hereje en la religión de su tiempo. La crítica es la explosión de independencia que constituye gran virtud para un pueblo, y favorece el progreso derrocando el error. Dudar, investigar, descubrir o rectificar, son los jalones del camino de la verdad. Los latinos tenemos gran tendencia a levantar ídolos, a crear grandes hombres suponiendo en ellos al lado de méritos que tuvieron cualidades que les faltaron, y de ese modo los hacemos emblemas falsos de virtudes que presentamos a la veneración

Ponzanelli de don José Diego Fernández, para ser puesta en la capital de la República, en el Paseo de la Reforma, en un homenaje encabezado por el Presidente López Portillo.

El estudio en cuestión se intitula: *José Diego Fernández, defensor de la soberanía del estado de Morelos*, por Valentín López González, Cuadernos Morelenses, Ediciones del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Morelos, Cuernavaca, 1982, 46 pp.

⁵ En el apéndice documental que se anexa al presente trabajo puede verse la relación de los litigios que patrocinó y que, posteriormente, aparecieron publicados en forma de folletos.

popular. La investigación de sus méritos reales provoca explosiones de rencores y ataques de falta de patriotismo” (p. 31).

— Positivista. Entre otras muchas declaraciones que el autor hace al respecto, creemos que con esta será suficiente:

“La falta de energía para ejecutar una ley, es cobardía indigna de un gobernante; y obtener un triunfo sólo por la acción de la fuerza, es hacerlo odioso. Estos son los dos escollos que sólo sabe sortear el verdadero hombre de Estado. Creer en la omnipotencia de la ley, es un absurdo. Con decretos no se modifica el alma nacional, pero creer a la ley sin influencia alguna, en esa alma nacional, es otro absurdo. La ley reacciona sobre las ideas, y sobre las costumbres del país; pero su acción es lenta, se modifica día a día, año tras año, tal vez en un siglo. Las generaciones se suceden cada 17 años según los cálculos de Buffon. Una generación rechaza, la que sigue prepara, la posterior acepta y la que viene luego levanta altares. Es la historia de nuestra democracia, es la historia de nuestra reforma. No desesperar y dominar las impacencias, es el secreto del triunfo. Orden y progreso son los guías de toda civilización. Orden basado en la justicia, en el conocimiento de las leyes de la naturaleza” (p. 451).

— Liberal. Para muestra de su estado de ánimo al respecto, basta escuchar la opinión que le merecía el partido conservador:

“Y a ese hombre —se refiere a Santa Anna—, el peor que hasta entonces había conocido la historia, pues Huerta aún no aparecía, es al que el Clero prodigó alabanzas y ovaciones llamándolo el honradísimo defensor de la Iglesia, y por el que hizo lo que no había hecho antes por ninguno: elevarlo cinco veces a la silla presidencial. Ese partido debía aún sorprender al país con dos grandes hechos: traer la intervención francesa, y entusiastas levantar en sus brazos al matador de Madero.

“Los hechos históricos tienen su filiación, una época engendra otra. Los que lucharon al lado del invasor contra la Patria, los que mandaron levantar el busto del emperador Napoleón, invasor, en los salones de Palacio, los que le entregaron la Soberanía nacional para que nos nombrara un Jefe, los que quisieron derrocar a Juárez por revoluciones, los que dieron el Plan de la Noria, los que llamaron al Ejército a la defección para tirar a Madero, los que lo suplantaron en el poder y después lo mataron, son, para la historia, llagas pútridas que brotan de aquel envenenamiento” (p. 135).

— Antimilitarista. Don José Diego Fernández opinaba que uno de los males más graves que aquejaban al país era la tendencia de nuestros "héroes" para salvar a la patria; que sólo acabando con ellos llegaría la paz y el progreso. Por supuesto que todos estos héroes a los que se refiere no son otros sino todos aquellos militares que durante el siglo pasado y principios del presente, a base de planes y asonadas mantuvieron al país en constante agitación. La idea que el autor sostenía sobre la suerte que nos deparó el destino bajo los gobiernos militares queda ejemplificada en el siguiente comentario:

"En Consejo de Ministros se trató de la compra de Picaluga, y se resolvió darle \$50,000 porque entregara a Guerrero en Huatulco. Alámán negó haber sabido algo de este asesinato que se preparaba, y confiesa que de los fondos de su ministerio dio dinero sin saber para qué. Antes de morir confesó que en Consejo de Ministros por el voto de Bustamante se resolvió el asesinato, por lo que entregó fondos. Un Gobierno de asesinos era el resultado de tantos cuartelazos" (p. 74).

— Pacifista. A pesar de su aversión hacia los gobiernos tiránicos —recuérdese que esta obra se escribe durante los años más cruentos de la revolución mexicana—, a nadie ha de extrañar escuchar sus recomendaciones en favor de la paz a toda costa. De suerte que aunque haya advertido que: "...si el Estado no puede hacer gran bien, sí puede hacer inmenso mal, y esto es lo que en excepcionales circunstancias autoriza a una revolución" (p. 412), agregue en otra parte:

"La cuarta condición para que la historia justifique una revuelta triunfante, es que los males que haya producido sean superados por los bienes que traiga. Sin esta condición, sólo se produjo un aborto.

"Llenadas estas condiciones, la revolución adquiere justificación, pero no pierde su carácter de eminentemente peligrosa, porque pone toda su fuerza en las manos de uno solo. Es el anestésico aplicado a un cardíaco, es la operación del trépano. La necesidad puede justificar que se lleve al enfermo al bordo de la tumba, y entregar a una contracción, fenómeno de circulación, la vida o la muerte. Al iniciarse una revolución, demos nuestro adiós al respeto de nuestro derecho por mucho tiempo. Sacrificamos todo el presente a un porvenir incierto. Esta es la idea que debemos llevar al alma nacional: odio a la violencia. Aun más, no basta la idea, necesitamos que se convierta en sentimiento, en fuerza irresistible de acción, y que inspire a todo hombre, contra el revolucionario, el terror que el sincero creyente siente por el diablo" (pp. 333-334).

Y en otra parte ya había adelantado:

"En mi trabajo de concentración mucho debe faltar y mucho debe sobrar, pero con todos sus defectos creo que dejará la impresión imborrable de que no es a través de la violencia que la política se engrandece; que a pesar de los malos Gobiernos, de sus constantes caídas, de sus incesantes errores, el esfuerzo privado trae el adelanto y la fuerza a las naciones, bajo las condiciones de que no se perturben las leyes del trabajo. La paz es la égida de la libertad y del progreso" (p. 322).

— Demócrata. Con profunda fe y respeto defendía los principios fundamentales de toda democracia; he aquí unos cuantos ejemplos:

"Sólo votando, sólo debatiendo las cualidades de los candidatos, es como se adquiere la educación para el gobierno. Los errores, las malas elecciones tienen necesariamente que brotar; no importa, los intereses heridos son la mejor disciplina, son el castigo impersonal" (p. 257).

"La indiferencia electoral es el cáncer de todo Gobierno, porque da el triunfo a los malvados. Sacudir esa indiferencia, romper el retraimiento, oír los gritos del deber para luchar contra el mal en las urnas, tal era el dictado del patriotismo, tal es la lección que el pueblo americano da a las Repúblicas latinas, pero este remedio exige acabar antes con el fraude electoral" (pp. 290-291).

"Los delegados en el Congreso —de los Estados Unidos— aplicaron con todo éxito las reglas de que en política debemos contentarnos con lo asequible, sin perseguir el ideal; que una fórmula perfecta de Gobierno sin el apoyo de una mayoría es mala, que una fórmula mediana con mayoría que la aprobara era salvadora, que en la base del progreso está la resignación a vivir bajo leyes que no aprobamos, y de autoridades que no votamos" (p. 253).

La sinceridad de sus convicciones democráticas queda plenamente demostrada cuando le toca tratar el delicado tema de lo antidemocrático que acabó resultando el presidente Juárez. Y decimos delicado, pues realmente para él, Juárez era alguien a quien realmente admiraba:

"¿Cuándo comenzó a declinar la popularidad de Juárez? Cuando abusó del Poder para hacerse reelegir, esto es, cuando pisó el primer peldaño en la escala de la corrupción pública. El pueblo estuvo del lado de las virtudes, el pueblo estuvo contra el vicio político" (p. 516).

— Patriota. Primero vamos a ocuparnos de su opinión respecto al patriotismo latino, en contraposición al patriotismo sajón:

"Afortunadamente los americanos comprendían el patriotismo de modo diferente a nuestro concepto latino. Para ellos patriotismo es luchar por hacer grande a la Patria, por asegurar el orden interior y por hacerla respetable al extranjero. Para nosotros el patriotismo es sangrarla, debilitarla, arrojara al lecho de pobreza para que sea violada por cualquier soldado con armas, es ponerla de rodillas ante las otras naciones y hacerla sufrir sus vejaciones. ¿Cuándo cambiaremos de concepto? Cuando hayan desaparecido los patriotas de revuelta" (p. 259).

Y en cuanto a su patriotismo en particular declaraba que: "En cuanto a mí, no conozco principio más sagrado que el del amor patrio, el respeto a la nacionalidad y el horror profundo a toda especie de intervención extranjera" (p. 194).

— Realista. Para abordar el tema, y a manera de antecedente, conviene antes de conocer su opinión sobre el jacobinismo:

"El Jacobinismo ha sido el criterio perturbador en las altas esferas sociales. ¿Por qué? Por sus elementos esenciales. ¿Cuáles son éstos? Olvidar la vida real, dar las espaldas a las necesidades sociales y embarcar en naves de puros principios el destino de la humanidad. La conveniencia no importa, la teoría es todo. Que las leyes se ajusten a las reglas de esa teoría aun cuando ellas produzcan males sociales, tal es el lema del Jacobinismo. Sálvense los principios aunque perezcan las colonias, es su grito de combate. ¿A qué debe obedecer la ley? ¿A una teoría o a lo que la experiencia proclama como útil? Esta cuestión ha sido planteada a dos civilizaciones: la latina y la sajona. Cada una de ellas la ha resuelto conforme a las enseñanzas que la han nutrido. Para los latinos el gran profeta ha sido el individualista Rousseau, para los sajones Locke. De aquí surge la antítesis de las soluciones. Sentirse detenido por una regla y no sentirse embarazado por un mal público, es la regla de los jacobinos. La teoría es el dogma en política llamado a regir todos los actos, aunque prevalezcan males, es la doctrina jacobina. Abandonar la teoría cuando su aplicación produce males, es el principio sajón" (pp. 19-20).

Ahora pasemos a comentar algo sobre su realismo político:

"Nada hay en la vida que sólo produzca bienes o que sólo produzca males. El crimen mismo es semilla de prosperidad. El robo puede asegurar un patrimonio a hijos inocentes y salvar la honra de hijas desvalidas. El castigo merecido hiere a inocentes miembros de la familia del culpable. Liquidar los bienes y los males para descubrir el

saldo a favor o en contra de la reforma, es una de las principales cuestiones del estadista. La política, ciencia práctica, sólo aprueba lo que es útil, y determinar esto es frecuentemente difícil. Los efectos inmediatos son con frecuencia distintos de los remotos. El gobierno personal es a veces útil haciendo el papel de dique a una inundación. Prolongarlo es producir el efecto mediato del derrumbe y agravar el mal que se quiso corregir. El derrocamiento de un gobernante legítimo y pernicioso puede tener efectos inmediatos muy favorables, los efectos mediatos son muy perniciosos: la creación de imperio de la violencia, la extinción de la libertad. Soportar un mal gobierno es un mal inmediato, porque sus malos actos continúan, y es un gran bien mediato porque asegura la tranquilidad y prepara la reforma pacífica. El porvenir tiene signos invisibles para la inexperiencia, e ilegibles para el ignorante. El estadista ve los unos y ve a los otros para darse cuenta del futuro. La previsión es el efecto característico de ver y leer lo que el vulgo no ve ni sabe leer, tal es la función del político. La imprevisión es el signo que caracteriza al salvaje. La deposición del Virrey Iturrigaray tuvo por efecto mediato enseñar al pueblo que los gobernantes no están protegidos por Dios y que se les puede remover. El tumulto que dos siglos antes había tirado al Marqués de Gelvez, fue en su efecto mediato una lección objetiva de que los gobernantes están en el poder durante la voluntad del pueblo. Ambos efectos mediatos fueron los precursores de la Independencia" (pp. 447-448).

III. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN RAZONADO POR EL LICENCIADO JOSÉ DIEGO FERNÁNDEZ

A continuación presentamos el anteproyecto de Constitución de don José Diego Fernández, en el cual podrá apreciarse que una parte del texto de los artículos aparece en *cursivas*. Esto lo hemos hecho así para facilitar al lector distinguir, dentro de cada apartado, lo que se conservó igual al texto de la Constitución de 1857 y lo que el autor agregó por su parte, la cual aparece, precisamente, en *cursivas*.

En nota a pie de página aparecen los comentarios que, sobre la temática abordada por el texto del artículo en cuestión, manifestó su autor en la obra antes citada de: *México, política experimental*, Talleres Gráficos de la Nación, México, MCMXIX, 585 pp. incluyendo apéndices.

El trabajo realizado de ninguna manera pretende ser exhaustivo. Simplemente resulta una muestra de la comprensión que de la sociedad mexicana durante el porfiriato es posible alcanzar de entre los antecedentes teóricos y empíricos que llevaron al autor a redactar, del modo en que lo hizo, el proyecto en cuestión. Este conocimiento de causa nos permitirá, a su vez, conocer más de cerca uno de los regímenes políticos más significativos —por su duración y por los cambios que representó para los destinos de México— de nuestra historia, según el punto de vista de uno de los personajes que por su cercanía a los círculos del poder; por su larga experiencia como legislador; por su profundo conocimiento del derecho público y privado; e, igualmente, por su gran amor a su patria resultan de una importancia incuestionable.

Sin embargo aún queda mucho por hacer sobre el tema. Por lo pronto habría que agotar el texto del libro de *México, política experimental*, fuente fundamental de comprensión del anteproyecto constitucional, para acabar de descubrir los antecedentes teóricos y empíricos de cada una de las innovaciones que don José Diego Fernández propuso. También haría falta realizar la misma labor entre el resto de las obras del autor, para seguir encontrando la exposición de motivos que propiciaron cada una de sus propuestas, como por ejemplo, acudir a la obra "Comisión Permanente: su carácter y funciones", discurso pronunciado en el senado por el licenciado José Diego Fernández, México, 1913, Tipografía Económica. 2a. de San Lorenzo, núm. 32, 47 pp., para entender el porqué de las reformas y modificaciones propuestas precisamente para la Comisión Permanente en su proyecto —sobre este tema se descubrirá, de paso, una fuerte polémica que el autor sostuvo en la Cámara con su homólogo, el senador Emilio Rabasa.

Una vez realizada esta labor, aún haría falta acudir a las obras de los jurisconsultos del porfiriato, y de los de la actualidad, para enriquecerse con los valiosos comentarios que en ellos quizá se encuentren sobre la labor de José Diego Fernández. Sobre este punto pueden verse los comentarios de los reputados juristas don Ignacio L. Vallarta, don Manuel Herrera y Lasso y don Felipe Tena Ramírez que, a manera de ejemplo, hemos insertado para esclarecer algunos de los puntos del anteproyecto del senador por Morelos.

Sin embargo, aunque aún queda mucho por hacer, por lo pronto he aquí el tantas veces citado anteproyecto de constitución comentado del licenciado José Diego Fernández:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público. *Los funcionarios candidatos y empleados públicos, no tendrán derecho a quejarse de difamación por los vicios, faltas o delitos que se les imputen y que puedan tener influencia en su conducta pública. Tampoco tendrán ese derecho los que hagan apreciaciones históricas o juzguen los actos de los representantes de sociedades anónimas o administradores de bienes comunes.*

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos que se cometan por medio de la imprenta, serán juzgados por los tribunales competentes de la Federación o por los de los Estados, los del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, conforme a su legislación penal. *La ley podrá autorizar a la autoridad judicial, para suprimir o suspender una publicación y secuestrar la imprenta por tiempo determinado. La autoridad política o administrativa no podrá tener más intervención en los negocios de imprenta que la que le corresponda como ejecutora de las resoluciones judiciales.*¹

¹ Sobre el tema de la libertad de prensa el autor opinaba que: "Suprimir los periódicos es impedir la circulación de falsas noticias contra el Gobierno, tal es el común error de los gobernantes.

Napoleón I, al volver de la Isla de Elba, decía: 'desde mi destierro he oído como del fondo de una tumba la voz de la posteridad; no, no consentiré ya en que la libertad de la prensa se suprima, es una gran falta política, y lo es en verdad'.

La prensa libre consigna todo: lo justo y lo injusto. Se le combate fácilmente cuando el cargo consta expreso. Sin régimen libre todo cargo se difunde clandestinamente, sin presentar cuerpo para ser atacado; todo es victorioso en un medio hostil a un Gobierno que ahoga la libertad de palabra. Cerrar la prensa es renunciar a la defensa contra la injusticia, y proporcionar a los cargos injustas condiciones de mayor propagación. Cada ciudadano es fabricante de noticias, y ante la impopularidad, creada por el solo hecho de la supresión de la prensa, se abren con fruición a todas las almas que luchan por desprestigiar al Gobierno. La clausura de la prensa nunca aprovecha al Gobierno, y frecuentemente lo perjudica.

Ataques al Gobierno que pasarían indiferentes ante la conciencia pública, se convierten en terribles acusaciones que despiertan vivas simpatías cuando se pre-

Artículo 23o. La pena de muerte sólo podrá imponerse mediante ley que la decrete, al traidor a la Patria, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al plagario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar o político.

Artículo 29o. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o en cualquier otro que pongan a la sociedad en grandes peligros o conflictos, el Congreso podrá declarar el estado de guerra de un Estado o Territorio, y el de sitio de una municipalidad, distrito o ciudad, y decretar:

I. Suspensión de las garantías otorgadas por esta Constitución en los lugares que exprese el decreto, por tiempo limitado, que podrá prorrogarse cuantas veces sea necesario y sin que pueda contraerse a determinado individuo. No pueden suspenderse la garantía que asegura la vida del hombre y la que prohíbe la esclavitud.

II. Conceder al Presidente de la República autorizaciones para que haga frente a la situación, con facultad de decretar penas, inclusive la pena de muerte en los casos permitidos por el artículo 23 de la Constitución; para fijar precios a los artículos de primera necesidad y obligar a su venta; para abrir la correspondencia privada, para expropiar, para imponer contribuciones o préstamos, para exigir servicio militar, para remover y nombrar autoridades, para conceder indultos o conmutación de penas, y para ejercer las facultades que sean necesarias o convenientes para la defensa militar o conservación del orden.

La declaración del estado de guerra o de sitio, produce la suspensión del derecho a pedir el amparo que otorgan los artículos 101 y 102 de esta Constitución contra actos ejecutados en los lugares objetos de la declaración por violación de las garantías suspendidas o por lesión o restricción a la soberanía de los Estados. Ningún amparo pendiente

tende castigarlos. La persecución hace héroes, y levanta sobre el pavés social gente que no tiene más ventaja que la torpeza del Gobierno que se empeña en hacer grandes a enemigos que nada valen.

Todo ataque por la prensa a un Gobierno bajo la seguridad de no ser perseguido, podrá ser justo o injusto; pero lo que sí representa con caracteres imborrables, es el elogio al gobernante por su liberalismo en respetar al enemigo, en su disciplina para reprimir deseos de venganza y resistir a las tentaciones de abusos de la fuerza que eternamente solicitan a todo Poder. Perseguir al periodista que ataca, es demoler el monumento que el mismo enemigo levanta al Gobierno por su respeto al derecho" (pp. 505-506).

podrá impedir la ejecución del acto contra el cual está suspenso el derecho de pedir amparo.

La declaración del estado de guerra o de sitio produce el efecto de que la autoridad militar reasuma los mandos político, civil y militar, continuando la autoridad civil ejerciendo la parte de sus poderes de que la autoridad militar no juzgue necesario apoderarse. La facultad de resolver negocios del orden civil entre particulares no podrá ser ejercida por la autoridad militar.

III. Para prohibir publicaciones, discursos, conferencias y sermones y reuniones que puedan exaltar las pasiones, mantener el desorden o que sirvan para propagarlo.

IV. Para ocupar o demoler propiedades que exijan las operaciones militares o las necesidades del ejército.

Sólo a iniciativa del Presidente de la República podrá declararse el estado de guerra o de sitio.

Si el Congreso estuviere en receso, la Diputación Permanente convocará a la mayor brevedad a sesiones extraordinarias.

El Congreso podrá modificar la iniciativa del Ejecutivo, y éste no podrá hacer observaciones a lo resuelto por el Congreso. En caso de grande urgencia que no permita convocar al Congreso, si estuviere en receso, o de esperar su resolución si estuviere en sesiones, el Presidente de la República podrá declarar el estado de guerra y el de sitio, y suspender las garantías individuales. En las plazas de guerra, puestos militares y otros puntos, sea del interior, sea de la frontera, la declaración del estado de sitio puede ser hecha por el comandante de la fuerza armada, en el caso de verse embestido, atacado o amenazado por enemigos o por rebeldes armados, dando cuenta inmediatamente al gobierno federal.

El Presidente de la República podrá delegar en la autoridad militar todas o alguna de las autorizaciones que le haya dado el Congreso, con las limitaciones que estime convenientes.

El Presidente de la República deberá aprobar, revocar o modificar la declaración hecha por la autoridad militar; las resoluciones del Presidente de la República, o de la autoridad militar, subsistirán mientras el Congreso no dicte resolución sobre ellas.

El Presidente de la República o el Congreso, podrán declarar terminada la suspensión de garantías y levantar el estado de guerra o de sitio.

Artículo 30o. Son mexicanos:

I. Los nacidos en el territorio nacional, de padre mexicano, por nacimiento o naturalización, con las excepciones que se expresan.

II. Los nacidos en el mismo territorio nacional, de madre mexicana y padre que no sea legalmente conocido, según las leyes de la República. En igual caso se considerarán los que nazcan de padres ignorados o de nacionalidad desconocida.

III. Los nacidos fuera de la República, de padre mexicano que no haya perdido su nacionalidad. Si esto hubiere sucedido, los hijos se reputarán extranjeros, pudiendo, sin embargo, optar por la calidad de mexicanos dentro del año siguiente al día en que hubieren cumplido veintiún años, siempre que hagan la declaración respectiva ante los agentes diplomáticos o consulares de la República, si residieren fuera de ella, o ante la Secretaría de Relaciones si residiesen en el territorio nacional.

Si los hijos de que trata la fracción presente residieren en el territorio nacional y al llegar a la mayor edad hubieren aceptado algún empleo público o servido en el ejército, marina o guardia nacional, se les considerará por tales actos como mexicanos, sin necesidad de más formalidades.

IV. Los nacidos fuera de la República, de madre mexicana, si el padre fuere desconocido y ella no hubiese perdido su nacionalidad, según las disposiciones de esta Constitución. Si la madre se hubiese naturalizado en país extranjero sus hijos serán extranjeros; pero tendrán el derecho de optar por la calidad de mexicanos, ejercido en los términos y condiciones que determina la fracción anterior.

V. Los mexicanos que habiendo perdido su carácter nacional, conforme a las prevenciones de esta Constitución, lo recobren cumpliendo con los requisitos que ella establece según los diversos casos de que se trata.

VI. La mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano; conservando la nacionalidad mexicana aún durante su viudez.

VII. Los nacidos fuera de la República y que, establecidos en ella en 1821, juraron el acta de independencia, han continuado su residencia en el territorio nacional y no han cambiado de nacionalidad.

VIII. Los mexicanos que, establecidos en los territorios cedidos a los Estados Unidos por los tratados de 28 de febrero de 184 y 30 de noviembre de 1853, llenaron las condiciones exigidas por esos tratados para conservar su nacionalidad mexicana. Con igual carácter se

considerará a los mexicanos que continúen residiendo en territorios que pertenezcan a Guatemala, y a los ciudadanos de esta República que hayan quedado en los que corresponden a México, según el tratado de 27 de septiembre de 1882; siempre que esos ciudadanos cumplan con las prevenciones estipuladas en el artículo 5o. del mismo tratado.

IX. Los extranjeros que se naturalicen conforme a la presente ley.

X. Los extranjeros que tengan hijos nacidos en México, siempre que no prefieran conservar su carácter de extranjeros. En el acto de hacer la inscripción del nacimiento, el padre manifestará ante el juez del registro civil su voluntad respecto de este punto, lo que se hará constar en la misma acta; y si opta por la nacionalidad mexicana, u omite hacer alguna manifestación sobre el particular, podrá ocurrir a la Secretaría de Relaciones dentro de un año para llenar los requisitos que exprese la ley y ser tenido como mexicano.

XI. Los extranjeros que sirvan oficialmente al gobierno mexicano, o que acepten de él títulos o funciones públicas que se les hubieren conferido o después de haber comenzado a servir oficialmente al gobierno mexicano, ocurran a la Secretaría de Relaciones para llenar los requisitos que exprese la ley nacional.

Artículo 33o. Son extranjeros: ²

² La opinión que sobre los extranjeros tenía era la siguiente:

La situación de los extranjeros en esta tierra respecto de los mexicanos, necesariamente despierta impresiones que hieren el patriotismo. Aquellos son los dueños de nuestro comercio y de nuestra industria. Son el capital y la mano de obra, son el mercado y sus agentes. El mexicano sólo tiene el presupuesto, las profesiones y los empleos más bajos en la escala del trabajo. Día a día el extranjero amplía el campo de su actividad, expulsando al elemento nacional. Rara es la casa extranjera en que se admite a un mexicano. Las casas españolas rarisima vez tienen en sus despachos a quien no sea español. Los alemanes, franceses y demás extranjeros sólo ocupan a sus compatriotas. Las situaciones más modestas están ya ocupadas por extraños. Hasta la venta al menudeo de frutas, y la reventa de boletos de espectáculos están ya a cargo en gran parte del elemento extranjero. La ley exige la nacionalidad mexicana para los corredores. No es obstáculo: la naturalización lo salva. Por interés se cambia de Patria sin cambiar los sentimientos de indiferencia para México. En los Estados Unidos el extranjero se confunde en la masa americana, se adapta a sus costumbres, es un miembro de la masa nacional. Entre nosotros el extranjero se reputa superior. En su Patria pueden haber sido, y lo son muchos, trabajadores del campo; al pisar nuestro territorio gozan de un ascenso: son capataces. El extranjero es recibido en el cajón de ropa, en la fábrica, en la hacienda, que le sirven de escuela. Después goza del crédito y protección para establecerse y acomete la empresa más lucrativa: hacer negocios. El mexicano no tiene oportunidad práctica para instruirse, ni protección ni crédito, ni capital. La compe-

I. Los nacidos fuera del territorio nacional que sean súbditos o ciudadanos de países extranjeros, y que no se hayan naturalizado en México.

II. Los hijos de padres extranjeros, o de madre extranjera y padre desconocido, nacidos en el territorio nacional.

III. Las mexicanas que contrajeran matrimonio con extranjero, conservando su carácter de extranjeras aun durante su viudez. Disuelto el matrimonio, la mexicana de origen puede recuperar su nacionalidad, siempre que además de establecer su residencia en la República, manifieste ante el juez del estado civil de su domicilio, su resolución de recobrar esa nacionalidad.

La mexicana que no adquiriera por el matrimonio la nacionalidad de su marido, según las leyes del país de éste, conservará la suya propia.

El cambio de nacionalidad del marido, posterior al matrimonio, importa el cambio de la misma nacionalidad en la mujer e hijos menores sujetos a la patria potestad.

IV. Los mexicanos que se naturalicen en otros países.

V. Los que sirvieren oficialmente a gobiernos extranjeros en cualquier empleo político, administrativo, judicial, militar o diplomático sin licencia del Congreso.

VI. Los que acepten condecoraciones, títulos o funciones extranjeras, sin previa licencia del Congreso federal, exceptuándose los títulos literarios, científicos y humanitarios, que pueden aceptarse libremente.

Para el efecto de determinar el lugar de nacimiento, se declara que los buques nacionales, sin distinción alguna, son parte del territorio nacional; y que los que nazcan a bordo de ellos, se considerarán como nacidos dentro de la República, en el lugar de la matrícula del buque si fuere mercante, o en la capital de la República, si fuere de guerra.

En virtud de los derechos de extraterritorialidad de que gozan los agentes diplomáticos, tampoco se podrán reputar nunca como nacidos fuera del país, para los efectos de esta ley, los hijos de los ministros

tencia es imposible. La Patria no se forma sólo del suelo en que nacimos, tiene como elemento principal los hombres de nuestra nacionalidad, los que afrontamos los mismos destinos, las mismas amarguras, los que tenemos el mismo deber, los que nos amparamos bajo la misma bandera. Esta situación pasó indiferente ante un Gobierno que sólo se preocupaba de extranjeros y clases acomodadas, y que reservaba para los pobres mexicanos la leva y la ley fuga. ¿Deben tener más derechos que los nacionales?" (pp. 453-454).

y empleados de las legaciones de la República que nacieren en el lugar en que sus padres desempeñen su misión o empleo.

La nacionalidad de las personas o entidades morales, se regula por la ley que autoriza su formación; en consecuencia, todas las que se constituyen conforme a las leyes de la República, o en territorio de ésta, serán mexicanas, aunque no tengan en ella su domicilio.

Las personas morales extranjeras gozan de los derechos que les conceden las leyes de México.

Los extranjeros tienen derecho a las garantías otorgadas en la sección I, título I de la presente Constitución, cuando no se hayan suspendido, salvo en todo caso la facultad que tiene el Presidente de la República para expulsar al extranjero pernicioso y al ministro de cualquier culto, nacional o extranjero.³

Los extranjeros tienen obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera que dispongan las leyes, de obedecer a éstas y a las autoridades del país; sujetándose a las resoluciones de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos.

Artículo 35o. Son prerrogativas del ciudadano:

³ Este último apartado en realidad formaba parte de un proyecto más amplio que el autor tenía preparado para reglamentar lo relativo a los ministros de los cultos:

"Nuestras leyes deben establecer las siguientes prohibiciones:

I. Se prohíbe a los ministros de los cultos pronunciar entredichos, excomulgar a los funcionarios o empleados por actos que les correspondan, y en general, verificar acto alguno religioso que pueda producir alarma o tumulto;

II. Se prohíbe a los mismos ministros que en su carácter de tales se mezclen en asuntos políticos ayudando a alguna facción u opinión política o dándole auxilio o tomando participación intelectual, moral o física en partidos, clubes, publicaciones, etcétera;

III. Ni las asociaciones religiosas ni sus ministros podrán recibir legados o herencias, salvo el caso de que se dejen a un ministro que sea heredero ab-intestado;

IV. Ninguna corporación religiosa ni grupo religioso o jefe jerárquico podrá administrar bienes ajenos;

V. El Gobierno tendrá la libertad de expulsar del territorio nacional, al ministro nacional o extranjero de algún culto que reputé pernicioso;

VI. La ley podrá limitar la propiedad mueble o inmueble de las corporaciones o grupos religiosos;

VII. Ningún partido que invoque carácter religioso o apele a sentimientos religiosos tendrá existencia legal, y los votos que den sus ministros serán nulos. El sacerdote, dentro del templo, con medios espirituales para fines espirituales, debe ser inaccesible al poder público, pero el sacerdote, haciendo del altar una barricada, queda sometido a la ley penal" (pp. 445-446).

I. Votar en las elecciones populares, *siempre que sepa leer y escribir*.⁴

II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier empleo o comisión, teniendo las calidades que la ley establezca.

IV. Tomar las armas en el ejército o guardia nacional, para la defensa de la República o de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes.

Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Artículo 50o. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo.

El Congreso puede delegar en el Ejecutivo algunas de sus facultades, con expresión del objeto y tiempo de duración.⁵

Artículo 51o. El Poder Legislativo de la Nación, se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores, *y en su receso en la Diputación permanente*.

⁴ Sobre tema tan polémico conviene tener presente la autorizada opinión de una de las más reconocidas autoridades en el tema del porfiriato, el doctor François-Xavier GUERRA, quien al respecto opina:

"Para los positivistas, críticos lúcidos y acerbos de la 'ficción democrática', la solución a la 'esquizofrenia' del país consiste en reformas constitucionales. Estas deberán hacer coincidir al pueblo político con los individuos. Es decir, con las personas que tienen conciencia de su condición de 'ciudadanos modernos'; dicho de otra manera, con las personas que saben leer y escribir. Pero para las dos tendencias de la corriente liberal —positivistas y jacobinos— es mejor un sufragio restringido o una dictadura que un sufragio universal real, que conduciría a la 'teocracia'." Véase del autor: *México: del antiguo régimen a la revolución*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, 2 vols, t. II, p. 338.

⁵ Sobre este artículo el autor precisa que:

"El gobierno nacional está formado por el Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados. Todos los gobiernos tienen que ser republicanos, esto es, la autoridad debe estar dividida entre varios poderes, de manera que el que legisle no sea el que juzgue, el que ejecute no sea el que fije el mandato. A esto se llama división de los poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El primero sólo puede obrar respecto del porvenir, puesto que las leyes como mandatos no pueden ser obedecidas antes de que se les conozca. El Ejecutivo representa al presente y el Judicial al pasado, puesto que su misión es comparar un hecho ya verificado, con la ley, para determinar las consecuencias.

"Esta división de poderes no es una obra lógica, sino que es la expresión de conveniencias por lo que un poder tiene entre sus facultades, facultades que lógicamente son de otros poderes. El Ejecutivo interviene en las leyes mediante su

Artículo 56o. Para ser diputado se requiere: ser ciudadano mexicano en el ejercicio de sus derechos; tener veinticinco años cumplidos *el día de la elección*, no pertenecer al estado eclesiástico, ser vecino del Estado o Territorio o *Distrito Federal* en donde se haga la elección, *o ser nativo de él, o tener propiedad raíz por la que se pague cuando menos \$200.00 de impuesto anual*.⁶

La vecindad no se pierde por ausencia en desempeño de cargo de elección popular, *o de empleo o funciones en el extranjero en que se disfrute de la ficción de extraterritorialidad*.

Artículo 58o. Los diputados y senadores propietarios, desde el día de su elección hasta el día en que concluya su encargo, no pueden

iniciativa, con derecho a hacer observaciones, a iniciar proyectos de ley, y de hacer tratados, lo que sólo ilógicamente corresponde al Presidente.

"El Legislativo juzga a altos funcionarios, ejerciendo facultades judiciales. Estas facultades son ilógicas pero convenientes. La lógica es un instrumento de exploración, de uso precioso, y de resultado seguro para el que debe buscar el pensamiento del legislador, pero no es regla invariable para el que establece el precepto. Si es necesario que una ley sea o ilógica o inconveniente, la ciencia política no vacila; prefiere que viva el pueblo con leyes ilógicas útiles, a que muera con leyes lógicas inconvenientes" (pp. 18-19).

⁶ El autor consideraba que era contraproducente el requisito indispensable de la vecindad puesto que:

"Las grandes aptitudes se congregan generalmente en los centros muy poblados, se avencinan donde numerosas clientelas y grandes negocios piden su dirección. Por accidente en los lugares poco poblados se encuentran hombres de grandes méritos intelectuales. El corto número de casos que examinar y que observar, les niega la experiencia que sólo da una extensa y variada práctica. Cuando se les encuentra son aves de paso en rumbo adonde les esperan honores, reputación y altas compensaciones, esto es, a los grandes centros de población. De esas competencias acumuladas en las grandes ciudades, sólo son aprovechables cada dos años para Diputados, unos pocos vecinos del Estado a que pertenece la ciudad; y para Senador uno sólo cada dos años. El resto queda incapacitado para ser sustituido por hombres de menor valía, pero vecinos del Distrito o Estado que elige. Presentemos el caso práctico: El Estado de Guanajuato es uno de los más adelantados y poblados; en su capital hay muchas eminencias intelectuales. De ellas sólo pueden elegirse 18 Diputados propietarios y un Senador cada dos años. El resto, perdido para las altas funciones legislativas. En Guadalajara pasa lo mismo. Igual situación en Puebla. De la capital de la República sólo pueden ser electos 12 Diputados y un Senador, y el resto de los hombres competentes quedan impedidos. Resultado: cerradas las Cámaras para muchos hombres capaces de abordar y resolver los grandes problemas nacionales, con el objeto de que simples vecinos de los lugares en que regularmente no hay competencias, vengan a ocupar las curules. Con razón se ha dicho, que mandar a las luchas del Estado hombres sin competencia, equivale a mandar a la guerra soldados sin armas. Así queda realizado el peligro pronosticado para las democracias: ser el régimen de inexpertos. ¿Existe razón para la exclusión que pronuncia nuestra Constitución por razón de falta de vecindad?" (pp. 501-502).

aceptar ninguna comisión ni empleo de nombramiento del Ejecutivo Federal, por el cual se disfrute sueldo, sin previa licencia de su respectiva Cámara. El mismo requisito es necesario para los diputados y senadores suplentes en ejercicio.

A. El Senado se compondrá de tres senadores por cada Estado, tres por cada Territorio y tres por el Distrito Federal. La elección de senadores será indirecta en primer grado. La Legislatura de cada Estado declarará electo al que hubiere obtenido la mayoría absoluta de los votos emitidos o elegirá entre los que hubieren obtenido mayoría relativa, en los términos que disponga la ley electoral. Por cada senador propietario se elegirá un suplente.

B. El Senado se renovará por tercios cada dos años. Los senadores nombrados en primer lugar cesarán al fin del primer bienio, los nombrados en segundo lugar, al fin del segundo bienio, y los nombrados en tercer lugar, al fin del tercer bienio. En lo sucesivo cesarán en cada bienio los más antiguos.⁷

⁷ El autor justifica esta propuesta diciendo que: "El Senado representa la conservación, el obstáculo a reformas. Su objeto sólo se llenaría si se renovara por tercios, y si su duración fuera por seis años como en los Estados Unidos (artículo 10. sección 3a. de la Constitución). Para que el Senado sea elemento de conservación, es necesario que sus doctrinas y su criterio permanezcan por cuatro años. En los Estados Unidos sólo cada cuatro años se puede decir que cambia el Senado, pues en los anteriores la renovación no toca a la mayoría de dos tercios de Senadores que permanecen en su puesto. Entre nosotros, renovándose el Senado por mitad cada dos años, sus doctrinas y criterios están sometidos a la decisión de la otra mitad de Senadores nuevos, y en consecuencia, incierta la política que se adopte. No es garantía conservadora.

"Propongo —continúa— que cada Estado elija tres Senadores. El número de éstos es hoy de 56. Dos tercios forman quórum, esto es, se necesita la presencia de 37 Senadores para que la Cámara funcione. Constante práctica acredita la dificultad para reunir este número, y el número de veces en que las sesiones no se verifican por falta de quórum. Cuando lo hay, 19 Senadores forman mayoría, esto es, son el Senado, y este pequeño número en que frecuentemente se agrupan sentimientos personales, resuelve las altísimas cuestiones sometidas a su decisión. Dando un Senador más a cada Estado, habrá 27 Senadores más. Los territorios dan Diputados y no Senadores, en nombre de una teoría que fija a los Diputados por misión, el representar la población, y a los Senadores representar las entidades federativas. Los territorios tienen población y no son entidades federales. Tal es el fundamento de la negación de Senadores a los territorios. Sobre esa teoría debe estar el principio de libertad que exige representación de los ciudadanos en la formación de las leyes. Contribuyendo el Senado a crear la ley, todos los que pueden ser afectados por ésta deben estar representados en el Senado. Los habitantes de los territorios están regidos en sus bienes, en su libertad y en sus derechos, por la ley federal, luego deben tener representación en cada Cámara. El principio republicano se formula por los estadistas así: donde no hay representación hay tiranía.

C. Para ser senador se requieren las mismas calidades que para ser diputado, excepto la de edad, que será la de 30 años cumplidos el día de la elección.

Artículo 60o. Cada cámara califica las elecciones de sus miembros. Las credenciales objetadas conforme a la ley electoral, se remitirán con las protestas y objeciones al Juez de Distrito del lugar en que se hizo la elección, para que averigüe la verdad de los hechos en que se funden las protestas u objeciones, dentro del término de quince días de recibido el expediente, y emita su dictamen sobre la validez de la credencial. En vista de la averiguación, la Cámara resolverá lo que estime conveniente.

Artículo 68o. El segundo periodo de sesiones se destinará de toda preferencia al examen y votación de las modificaciones que presente el Ejecutivo al presupuesto vigente y a la ley de ingresos, sin perjuicio de la facultad de iniciativa que tienen los diputados y senadores.

Artículo 71o. Todo proyecto de ley o de decreto, cuya resolución no sea exclusiva de una de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modos de proceder en las discusiones y votaciones.⁸

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra Cámara. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que estuviere reunido.

C. El proyecto de ley o de decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo deberá ser devuelto con sus observaciones a la Cáma-

Ese principio fue el invocado por las colonias para resistir el impuesto decretado por el parlamento inglés" (pp. 488 y 489).

⁸ El autor consideraba de capital importancia la libertad parlamentaria con que deberían contar los legisladores a la hora de discutir los proyectos de ley; al respecto opinaba que:

"Negar contra el reglamento la palabra a un Diputado que se opone a una buena ley, y que la puede frustrar, puede ser un bien inmediato, pero el efecto mediato es terrible, es la pérdida de la libertad parlamentaria que consiste en que toda idea tenga amplia manifestación dentro de los límites de la ley de debates, es privar de la libertad a la minoría" (p. 448).

ra de su origen. Deberá ser discurtido de nuevo por ésta, y si fuere confirmado por dos tercios de los votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si fuere aprobado por ésta, por la misma mayoría de dos tercios de los votos, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación. Si no fuere aprobado por las mayorías de dos terceras partes, se tendrá por reprobado.⁹

⁹ En cuanto al veto presidencial el autor refiere:

"El veto es la facultad del Presidente de la República para hacer observaciones a las leyes del Congreso. Sus efectos son distintos en la Constitución americana y en la nuestra. En la primera, el proyecto aprobado por él, no será ley si el Ejecutivo hace observaciones y no lo aprueban después dos terceras partes de los Diputados y Senadores. En nuestra Carta (la de 1857) basta la mayoría de Diputados y Senadores que vuelvan a votar el proyecto para que éste sea ley. Si las dos mayorías que aprobaron el proyecto antes de mandarlo al Ejecutivo subsisten, el veto no produce efecto (artículo 71, A, B y C). ¿Cuál de los dos sistemas es mejor, el americano o el mexicano?"

Si las simples mayorías del Congreso prevalecen sobre las minorías y sobre el veto del Ejecutivo, la legislación será obra del partido político que domine en el Parlamento. La experiencia del Presidente y su carácter de Jefe de la Nación y no de un partido, en nada habrán influido en las leyes. Si para pasar sobre el veto se necesita más de la simple mayoría, esto es, si el proyecto debe ser aprobado por dos tercios de los Senadores y de los Diputados, ese número de votos en el orden común de estructura parlamentaria, expresará que la ley representa, no el interés de una facción sino el interés nacional. Dejar a la simple mayoría que aprobó el proyecto antes de remitirlo al presidente, el derecho de desechar las observaciones del Ejecutivo, equivale a negar toda eficacia a la acción legislativa del Presidente, puesto que esa mayoría, formada por compromisos de partido, seguirá unida, y tal vez más estrechamente, porque el amor propio herido por las observaciones hechas, será un nuevo motivo de acción armónica común. Como no hay medida por buena que sea, que no produzca males, el sistema americano debe producirlos. El veto regularmente detendrá la expedición de leyes que el Ejecutivo repruebe, y algunos buenos proyectos rodarán al capricho del Presidente o ante sus ideas que pugnen con el bien público. El mal señalado es evidente, pero el sistema tiene dos ventajas. Si el proyecto es bueno pudiera tener la aprobación de los dos tercios, como ha pasado repetidas ocasiones en los Estados Unidos, salvándose así el mal señalado. La posibilidad de que ruede un buen proyecto, va acompañada también de la posibilidad de que ruede un proyecto malo, lo que será un bien. En esta doble posibilidad de efectos opuestos, ¿qué criterio aceptar? El que produzca menos males, y como el poder del Estado para el mal es mayor que su poder para el bien, frustrar una buena disposición es menos malo que convertir un atentado en ley. En términos generales: es preferible que una buena ley no rija, a que rija una mala. El veto en el sistema americano defiende al Presidente contra sus enemigos parlamentarios reunidos en simple mayoría. El veto en el sistema mexicano, hace al Presidente la víctima de la simple mayoría parlamentaria. Vigorizar al Ejecutivo, darle medios de defensa contra la acción del Legislativo, es borrar la necesidad de golpes de Estado. Tal es uno de los secretos de la marcha regular de las instituciones americanas" (pp. 463-465).

*Si el Ejecutivo no promulgare la ley dentro del término de quince días contados desde la fecha en que le fue remitida, el Congreso o la Diputación Permanente la promulgarán, incoando el juicio de responsabilidad contra el Presidente de la República, en sesión del Gran Jurado de la Cámara de Diputados. Si el Congreso estuviere en receso, la Diputación Permanente convocará a ambas Cámaras para conocer del juicio respectivo.*¹⁰

D. Si algún proyecto de ley o de decreto fuere desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquélla le hubiere hecho. Si examinado de nuevo fuere aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobase por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A, pero si lo reprobase, no podrá volver a presentarse hasta las sesiones siguientes.

E. Si un proyecto de ley o de decreto fuere sólo desechado en parte, o modificado o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión en la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poderse alterar en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo para los efectos de la fracción A; pero si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren desechadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por la mayoría absoluta de los votos presentes se desecharan en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que ya haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A; mas si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no podrá volver a presentarse sino hasta las

¹⁰ Sobre el tema opinaba de la siguiente manera: "¿En qué fecha comienza a regir una ley federal? Nadie lo sabe. Se invoca una circular de la Secretaría de Relaciones que la da por obligatoria desde el día en que se publica en el Diario Oficial, lo que implica un doble absurdo; que el Ejecutivo legisla sobre esto, y que la ley oblique antes de ser conocida. Se invoca el Código Civil del Distrito Federal que fija reglas para las fechas en que la ley debe ser observada, esto es, se pretende que una ley local oblique en la Federación" (p. 373).

sesiones siguientes, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionales o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

G. Ambas Cámaras residirán en un mismo lugar; y no podrán trasladarse a otro, sin que antes convengan en la traslación y en el tiempo y modo de verificarla, designando un mismo punto para la reunión de ambas. Pero si conviniendo las dos en la traslación, difieren en cuanto al tiempo, modo o lugar, el Ejecutivo terminará la diferencia, eligiendo uno de los extremos en cuestión. Ninguna Cámara podrá suspender sus sesiones por más de tres días, sin consentimiento de la otra.

H. Cuando el Congreso General o alguna de sus Cámaras se reúna en sesiones extraordinarias, no podrá debatir ni resolver sobre objetos no expresados en la convocatoria, *comprendiéndose en la prohibición, los asuntos que sean privativos de alguna de las Cámaras.*

La reunión de una de éstas o del Congreso, no impedirá que la Diputación Permanente continúe en sus funciones.

El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso, cuando éste prorrogue sus sesiones o ejerza funciones de cuerpo electoral o de jurado.

Artículo 72. El Congreso tiene facultad:

I. Para admitir nuevos Estados o Territorios a la Unión Federal, incorporándolos a la Nación.

II. Para erigir los Territorios en Estados, cuando tengan una población de ochenta mil habitantes.

III. Para formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, siendo necesario al efecto:

a) Que la fracción o fracciones que pidan erigirse en Estados, cuenten con una población de ciento veinte mil habitantes por lo menos.

b) Que se compruebe ante el Congreso que tienen los elementos bastantes para proveer a su existencia política.

c) Que sean oídas las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, sobre la conveniencia o inconveniencia de la erección del nuevo Estado, quedando obligadas a dar su informe dentro de seis meses, contados desde el día en que se les remita la comunicación relativa.

d) Que igualmente se oiga al Ejecutivo de la Federación, el cual enviará su informe dentro de siete días contados desde la fecha en que le sea pedido.

e) Que sea votada la erección del nuevo Estado por dos tercios de los diputados y senadores presentes en sus respectivas Cámaras.

f) Que la resolución del Congreso sea ratificada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados con vista de la copia del expediente, siempre que hayan dado su consentimiento las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate.

g) Si las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate no hubieren dado su consentimiento, la ratificación de que habla la fracción anterior, deberá ser hecha por los dos tercios de las Legislaturas de los demás Estados.

Para formar un Estado de dos o más de los existentes mediante los trámites y condiciones prescritas para formar nuevos Estados, dentro de los límites de los existentes, en la inteligencia de que deberán ratificar dos tercios de las Legislaturas de los demás Estados, cuando no hayan consentido las de los Estados que se trata de unificar.

IV. Para arreglar definitivamente los límites de los Estados, terminando las diferencias que entre ellos se susciten sobre demarcaciones de sus respectivos territorios, menos cuando esas diferencias tengan un carácter contencioso.

V. Para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación.

VI. Para legislar en todo lo concerniente al Distrito Federal y Territorios, *pudiendo dar al Congreso, a una de sus Cámaras o a la Diputación Permanente, las facultades que estime convenientes, respecto del mismo Distrito y Territorios.*

VII. Para imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto, *sin poder grabar los actos oficiales de los Estados.*

VIII. Para dar bases bajo las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstito sobre el crédito de la Nación; para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional.

IX. Para expedir aranceles sobre el comercio extranjero, y para impedir, por medio de bases generales, que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones onerosas.

X. Para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y de comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias.

XI. Para crear y suprimir empleos públicos de la Federación; señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones.

XII. (Derogada).

XIII. (Derogada).

XIV. Para declarar la guerra en vista de los datos que le presente el Ejecutivo.

XV. Para reglamentar el modo en que debían expedirse las patentes de corso, para dictar leyes, según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir las relativas al derecho marítimo de paz y guerra.

XVI. (Derogada).

XVII. (Derogada).

XVIII. Para levantar y sostener el ejército y la armada de la Unión y para reglamentar su organización y servicio.

XIX. Para dar reglamentos con el objeto de organizar, armar y disciplinar la guardia nacional, reservándose a los Estados la facultad de instruirla, conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.

XX. (Derogada).

XXI. Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

XXII. Para dictar *exclusivamente* leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos; para definir, determinar cuáles son las aguas de jurisdicción federal y expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las mismas.

XXIII. Para establecer *exclusivamente* casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar un sistema general de pesos y medidas.

XXIV. Para fijar *exclusivamente* las reglas a que debe sujetarse la ocupación y enajenación de terrenos baldíos y el precio de éstos.

XXV. Para conceder *exclusivamente* amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación.

XXVI. Para conceder premios o recompensas con la aprobación de las dos terceras partes de los votos de los presentes en cada Cámara.

XVII. Para prorrogar el primer periodo de sus sesiones ordinarias hasta el día 15 de enero del año siguiente y hasta el último día de junio las del segundo periodo.

XVIII. Para formar su reglamento interior y tomar las providencias necesarias para hacer concurrir a los diputados ausentes y corregir las faltas u omisiones de los presentes.

XXIX. Para expedir la ley orgánica de la Contaduría mayor.

XXX. Para aprobar las leyes de ingresos y de egresos y sus modificaciones.

XXXI. Para dictar medidas conducentes al desarrollo del comercio, industria, agricultura, minería, ciencias y artes.

XXXII. Para expedir las leyes relativas a matrimonio y divorcio.

XXXIII. Para ratificar *exclusivamente* el acto por el que el Ejecutivo haya dispuesto de sumas cuyo gasto no estuviese amparado por la ley de egresos. Si la ratificación se negare, se incoará el juicio de responsabilidad, contra el Presidente de la República y el Secretario de Estado que hubiere firmado la orden.

XXXIV. Para dar *exclusivamente* reglas para el uso, aplicación y enajenación de los bienes de la Federación, y aprobar, cuando la ley lo exija, los actos del Ejecutivo respecto de ellos.

XXXV. Para dar *exclusivamente* las leyes aplicables en recintos militares, y en las posesiones federales, aunque estén en territorios de los Estados.

XXXVI. Para decretar exposiciones y convocar a congresos políticos, económicos, industriales, de educación y demás de interés general, y aceptar las convocatorias que se hagan por gobiernos extranjeros.

XXXVII. Para ordenar el envío de tropas a los lugares en que haya trastornos locales o que amenace haberlos.

XXXVIII. Para establecer reglas de derecho internacional, privado y público.

XXXIX. Para organizar *exclusivamente* los Estados rebeldes que hayan sido pacificados, dando facultades para nombrar empleados y funcionarios y para convocar a elecciones locales, pudiendo declarar incapaces, por el tiempo que señale para ser electos o desempeñar funciones públicas, a los que hayan desempeñado comisiones o empleos en el gobierno rebelde, o que lo hubieren reconocido.

XL. Para dictar leyes sobre naturalización, colonización y ciudadanía.

XLI. Para auxiliar a los Estados en obras de beneficencia, instrucción pública y mejoras materiales.

XLII. Para dictar leyes sobre salubridad pública y autorizar la intervención de la autoridad federal.

XLIII. Para declarar el estado de guerra y de sitio, con especificación de los lugares, y aprobar o modificar las declaraciones hechas por el Presidente de la República o jefe militar en su caso.

XLIV. Para dar reglas de aplicación en los conflictos entre leyes locales.

XLV. Para dar reglas sobre internación de extranjeros que estén en las fronteras y sobre prohibición de compra y venta de armas, municiones, equipos y artículos de guerra destinados a la exportación para un país vecino.

XLVI. Para ejercer todas las facultades que le otorgan otros artículos constitucionales.

XLVII. Para expedir todas las leyes que tengan por objeto hacer efectivas las facultades antecedentes, y todas las que esta Constitución concede a los Poderes de la Unión.

A. Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

I. Erigirse en colegio electoral para ejercer las facultades que la ley le señale respecto a la elección de Presidente de la República y de Senadores por el Distrito Federal y por los Territorios.¹¹

II. Calificar y decidir sobre las renunciaciones y licencias del Presidente de la República, y sobre las renunciaciones de los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia.

¹¹ Este inciso da pie al autor para insistir sobre la cuestión de la importancia en la transparencia en las elecciones, pues explica, la incertidumbre en la legalidad de las elecciones, es la ocasión para proclamar la ausencia de elecciones y la usurpación de poder en el Presidente declarado electo, lo que es dar bandera a la revolución.

A continuación se pregunta: "Frente a estas experiencias y a estas doctrinas, con angustia patriótica debemos preguntarnos si nuestra Constitución da la certidumbre sobre la legalidad de la declaración de Presidente, o si deja motivos para que la revuelta ataque esa declaración con fundamentos racionales.

La Constitución, con lamentable error, no determina las obligaciones de la Cámara de Diputados al erigirse en colegio electoral. Esta, materia esencialmente constitucional queda abandonada al criterio de los Congresos. Éstos, según el inciso I, letra A del artículo 72, tienen facultades para (aquí inserta el texto).

Es, pues —precisa—, la ley secundaria la que fijará las facultades de la Cámara y ésta puede llegar hasta el absurdo de que una minoría parlamentaria haga la declaración, y que ésta puede ser hecha contra el que obtuvo mayoría absoluta, puesto que el artículo 76 sólo manda que la elección de Presidente sea directa y en escrutinio secreto en los términos que disponga la ley electoral.

La legalidad de una elección se descompone en cinco cuestiones:

I. ¿Cuántos votos se dieron a favor de un candidato?

II. ¿Qué relación tiene ese número de votos con el número total de votos emitidos, esto es, hay mayoría?

III. ¿Los votantes tenían derecho para votar?

IV. ¿Votaron con las formalidades legales?

V. ¿El candidato tiene los requisitos legales para ser electo?" (pp. 475-476).

III. Vigilar, por medio de una comisión inspectora de su seno, el exacto desempeño de las funciones de la Contaduría Mayor.

IV. Nombrar a los jefes y demás empleados de la misma.

V. Erigirse en jurado de acusación para los altos funcionarios que trata el artículo 103 de la Constitución.

VI. Aprobar las cuentas que anualmente debe presentarle el Ejecutivo, e iniciar las reformas a la ley de ingresos. Las leyes de ingresos y egresos regirán mientras no sean modificadas por el Congreso, con excepción de las que expresan tiempo en duración.

VII. Aprobar los tratados ratificados por el Senado, cuando entran en el ejercicio de facultades que corresponden al Congreso.

VIII. Ejercer las facultades que con carácter de privativas, le concedan las leyes en lo relativo al Distrito Federal y Territorios.

B. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Ratificar los nombramientos que el Presidente de la República haga de ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores de ejército y armada nacional, en los términos que la ley disponga.

II. Autorizar al Ejecutivo para que pueda permitir la salida de tropas nacionales fuera de los límites de la República, el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación de escuadras de otra potencia por más de un mes, en aguas de la República.

III. Dar su consentimiento para que el Ejecutivo pueda disponer de la guardia nacional fuera de sus respectivos Estados o Territorios, fijando la fuerza necesaria.

IV. Declarar, cuando hayan desaparecido los Poderes Constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un Estado o que deban desaparecer conforme a la ley, que es llegado el caso de nombrar un gobernador provisional quien deberá convocar a elecciones conforme a la ley del mismo Estado. El nombramiento de gobernador se hará por el Ejecutivo Federal, con aprobación del Senado, y en receso del Congreso, con el de la Comisión Permanente. El gobernador provisional no podrá ser electo gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expedirá, ni nombrado por la Legislatura del mismo en el caso de que la constitución local prescriba este sistema de nombramiento. Al nombrarse gobernador provisional se nombrará un suplente que ejercerá en las faltas absolutas o temporales de aquél. El nombrado gobernador suplente, estará suje-

to a la ratificación lo mismo que el propietario, y tendrá el mismo impedimento para ser gobernador constitucional.

V. Resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado, cuando alguno de ellos ocurran con ese fin al Senado, o cuando con motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas. En este caso, el Senado dictará su resolución, sujetándose a la Constitución general de la República y a la del Estado.¹²

VI. Erigirse en jurado de sentencia, conforme al artículo 105 de la Constitución.

VII. Aprobar los tratados o convenciones que celebre el Ejecutivo con las potencias extranjeras, cuando ellos no contengan obligación de hacer algún pago ni entrañen reformas o adición a la Constitución. El Senado podrá proponer modificaciones al tratado o convención. Si éstas fueren aceptadas por la nación contratante, se remitirá de nuevo al Senado el tratado o convención para su ratificación. Si no fueren aceptadas, y el Ejecutivo creyere conveniente la ratificación sin ellas del tratado o convención, lo remitirá al Senado, para que, considerándolo de nuevo, le conceda o niegue la ratificación, sin proponer cambio alguno.

Si el tratado o convención estipulare el pago de suma alguna, aprobado que sea por el Senado, se remitirá a la Cámara de Diputados para que dé o niegue su aprobación al pago pactado. Si se negare la aprobación, el tratado o convención se tendrá por reprobado. Si fuere aprobado, se pasará al Ejecutivo para sus efectos constitucionales.

Si alguna cláusula del tratado o convención exigiere reforma o adición a la Constitución, se someterá la cláusula relativa, aprobada que

¹² En torno a las relaciones entre la federación y los estados, el autor explica que:

"La federación debe garantizar a los Estados su Gobierno republicano, representativo, popular; en consecuencia, debe asegurar a sus habitantes el goce de los elementos esenciales de ese Gobierno. Libertad de expresión de pensamiento, y libertad electoral, son dos elementos necesarios que deben estar bajo el amparo de la Federación. La violación de ambas libertades debe ser penada por la ley federal y juzgada por tribunales federales. Una larga experiencia acredita que las autoridades locales interesadas en perturbar esas libertades, no son imparciales para juzgar de sus violaciones.

Todo ataque contra la forma de Gobierno debe ser de la competencia federal. Los golpes de Estado, ya disolviendo legislaturas o tribunales, deben ser penados por la federación. Mantener la forma de Gobierno local, es tan necesario como mantener la paz" (pp. 493-494).

sea por el Congreso, a las reglas sobre reforma o adición de la Constitución.

El Senado no podrá proponer modificación alguna, cuando la Cámara de Diputados o las Legislaturas tengan que dar su aprobación.

Los tratados o convenciones aprobadas que por dos terceras partes de los votos de los senadores presentes se califiquen de secretos, no se publicarán hasta que deban ejecutarse. Si el tratado o convención calificado de secreto, exigiere la aprobación de la Cámara de Diputados, se remitirá a ésta cuando el Senado lo acuerde. Si la Cámara de Diputados lo aprobare, se promulgará.

VIII. Resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado o cuando un partido organizado conforme a la ley alegue la ilegalidad constitucional de los miembros de un poder, o en el caso de que pretendan funcionar dos autoridades que se excluyan.

IX. Resolver si son de subsistir las disposiciones de los Estados referentes a extranjeros.

X. Ejercer las funciones que le atribuya la ley respecto del Distrito Federal y Territorios.

C. Cada una de las Cámaras puede, sin intervención de la otra:

I. Dictar resoluciones económicas relativas a su régimen interior.

II. Comunicarse entre sí y el Ejecutivo de la Unión por escrito o por medio de comisiones de su seno. El Ejecutivo podrá informar verbalmente por conducto del Secretario de Estado que señale, si aceptare la invitación de alguna de las Cámaras, o si espontáneamente lo estimare conveniente.

III. Nombrar los empleados de su Secretaría y hacer el reglamento interior de la misma.

IV. Expedir convocatoria para elecciones extraordinarias, con el fin de cubrir las vacantes de sus respectivos miembros.

V. Nombrar comisiones de su seno que visiten las oficinas federales que se expresen, con facultad de examinar papeles, existencias, libros y cuanto estimen importante, sin más reserva que los asuntos secretos diplomáticos.

Artículo 73o. Durante los recesos del Congreso habrá una Comisión Permanente compuesta de veintinueve miembros, de los que quince serán diputados y catorce senadores, nombrados por sus respectivas Cámaras la víspera de la clausura de las sesiones. Si pasada una hora de la que fija el reglamento para comenzar la sesión, no hubiere quórum, los presentes harán el nombramiento.

Artículo 74o. Las atribuciones de la Comisión Permanente, sin perjuicio de las demás que le confiere esta Constitución, son las siguientes:

I. Prestar su consentimiento para el uso de la guardia nacional, en los casos de que habla el artículo 72, fracción XX.

II. Acordar por sí o a propuesta del Ejecutivo, oyéndolo en el primer caso, la convocatoria del Congreso o de una sola Cámara, a sesiones extraordinarias, siendo necesario, en ambos casos, el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes. La convocatoria señalará el objeto u objetos de las sesiones extraordinarias. Podrá con los mismos requisitos ampliar la convocatoria cuantas veces lo estime conveniente.

III. Aprobar en su caso los nombramientos a que se refiere el artículo 85, fracción III.

IV. Recibir la protesta al Presidente de la República y a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, en los casos prevenidos por esta Constitución.

V. Ejercer, respecto del Distrito Federal y Territorios, las funciones que le señalen las leyes.

Artículo 76o. La elección de Presidente será hecha en un solo acto por mayoría absoluta de los votos de los diputados, senadores y representantes de legislaturas que se reúnan en asamblea para el efecto.¹³

¹³ Aunque siguiendo las ideas de Hamilton, fueron los franceses los que inspiraron a José Diego para elaborar su propuesta de elección presidencial, no así el sistema americano, según se desprende de la siguiente anotación:

"Hamilton decía en el Federalista: 'Era igualmente deseable que la elección (de Presidente) se hiciera por hombres más capaces de analizar las cualidades necesarias para el puesto y que obraran bajo circunstancias favorables a la deliberación y a la apreciación juiciosa de todas las razones y motivos que debieran fijar la elección.'

La República francesa se inspiró en esas ideas al establecer que las Cámaras eligieran al Presidente de la República. Francia, en su medio siglo de lucha contra los representantes de las monarquías ya sepultadas, y contra los furiosos ataques de su eterno enemigo: el clericalismo, se ha visto sacudida por todas las tormentas, azotada por todos los escándalos, pero jamás se ha sentido amenazada por la guerra civil que proclamara la ilegitimidad de un Presidente electo. La elección hecha a la faz pública, con procedimientos al abrigo de toda duda, con medios fáciles y seguros para cerciorarse de la verdad y legalidad de los votos, ha conjurado los males de que se quejan los americanos, y de los peligros que allí señalan sus estadistas, porque la elección en Francia es cierta, libre de dudas. El arma con que los Gobiernos latinos americanos son constantemente combatidos, es la ilegitimidad de la elección presidencial. ¿Por qué los enemigos de la República francesa, sin escrúpulos para empuñar toda arma de combate, nunca han proclamado la falta de elección en el Presidente de la República?" (pp. 473-474).

Las Legislaturas de los Estados, en la forma que determinan sus leyes, nombrarán para este acto cuatro representantes propietarios y cuatro suplentes, nombrando dos cada cámara local, expidiéndoles sus credenciales respectivas.

Para que la asamblea electoral pueda funcionar, se necesita la presencia de la mayoría del número total de sus miembros, sin distinción entre diputados, senadores y representantes de Legislaturas.

A los quince días de verificarse el hecho que motive la elección de Presidente, si no fuere la expiración de su periodo, sin necesidad de convocatoria, se reunirán a las tres de la tarde los miembros de la Asamblea, en la Cámara de diputados o en el lugar que haya designado la ley, bajo la presidencia del Presidente de la Suprema Corte, quien no tendrá voto; serán secretarios los de la Cámara de Diputados, y en receso de ésta, los de la Diputación permanente. El término de quince días contados para la primera reunión, se contará desde el día siguiente a aquel en que se produjo la causa de la nueva elección de Presidente, sin excluir los días festivos.

Los representantes de las Legislaturas presentarán desde luego sus credenciales al Presidente de la Asamblea, quien nombrará tres comisiones de tres miembros cada una para que dictaminen sobre ellas.

Reunido el quórum se dará lectura a los dictámenes de las comisiones sobre las credenciales de representantes de Legislaturas y a mayoría de votos se calificará la legitimidad de ellas. En seguida, todos los miembros de la Asamblea protestarán guardar la Constitución con sus adiciones y reformas, y la de no someterse a voto alguno impera-

Sin embargo, más adelante, pasa a señalar los defectos que encierra el sistema francés: "El sistema francés tiene varios defectos:

a) Hace del Presidente un cautivo del Parlamento;
b) Deja la elección a la Cámara de Diputados, puesto que ella tiene mayor número de miembros que el Senado (576 Diputados y 300 Senadores), ya que los votos son individuales. Resultado: elige la Cámara de Diputados y ésta inspira temores. Ella organizó el terror durante la revolución, ella presidió a la anarquía tumultuosa de 1848, ella hizo necesaria la autocracia imperial bajo el nombre de Cámara única. No tiene control, ni contrapeso, ni freno. Las razones que han creado el bicameralismo, impiden dejar sólo a su mayoría la elección del Presidente" (pp. 481-482).

Finalmente Diego Fernández añade las ventajas del sistema que él propone: "El sistema que propongo toma del sistema francés la gran ventaja de que hace la elección cierta e indudable, puesto que el número de votos que se dan a cada candidato se comprueba con facilidad. Libra al Presidente de ser el cautivo del Parlamento, puesto que no es la mayoría parlamentaria la que lo nombra por sí" (p. 482).

tivo de sus electores, ni de las Legislaturas, después de lo cual se declarará instalada la Asamblea. En las faltas del Presidente de la Suprema Corte, presidirá quien lo sustituya en ese tribunal.

Instalada la Asamblea, se presentarán por escrito las candidaturas para Presidente de la República, admitiendo sólo las que están suscritas por cincuenta o más de los miembros de la Asamblea. Ninguno de éstos podrá suscribir más de una candidatura. Concluida la presentación de candidaturas, se preguntará si hay más candidaturas que presentar; si nadie contestare, se leerán las candidaturas presentadas, con expresión de los signatarios, y se dará cuenta de la lista de candidatos por orden alfabético de apellidos, y si nadie reclamare la falta de algún candidato, se declarará cerrado el periodo de presentación de candidaturas, no pudiendo presentarse nuevas sino en el caso de falta de aprobación de todas.

En seguida se procederá a discutir cada candidato, según el orden de la lista, pudiendo hablar tres miembros en pro y tres en contra, procediéndose después a la votación nominal. Luego que un candidato haya sido aprobado por la mayoría absoluta, se le declarará Presidente de la República, cesando toda discusión y votación respecto de los demás candidatos. Si no fuere aprobado ningún candidato, se podrán presentar en la sesión siguiente nuevas candidaturas, sólo bajo la firma de cien o más nombres, las que se discutirán y votarán como las primeras. Si todas fueren reprobadas, no se presentarán nuevas, salvo que lo permita la mayoría de la Asamblea, y comenzará de nuevo la discusión y votación de todos los candidatos presentados. Si ninguna de ellas fuere aprobada, se someterán a votación las dos candidaturas que hayan tenido mayor número de votos aprobatorios. Si hubiere más de dos que hayan tenido el mismo número de votos, entre ellas se hará la elección, a cuyo efecto cada miembro de la Asamblea precisará por quién vota. Los votos de las personas que se abstengan de votar, o que voten por otros candidatos, se agregarán a los que en mayor número hayan votado por uno de los candidatos.¹⁴

Si hubiere empate se repetirá la votación en la sesión siguiente, y si en ella no se obtiene mayoría, decidirá la votación el que ejerza en el

¹⁴ La razón de este sistema se debe a que: "Los votos populares no pueden ser comprobados, los votos de los Diputados sí lo pueden ser y lo son". Al respecto trae a colación el dicho de un político norteamericano que advertía: "Que todos voten contra mí, nada importa. Si yo tengo la facultad de hacer el cómputo de los votos, yo resultaré electo" (p. 479).

acto de votar las funciones de Presidente de la Asamblea. Obtenida la mayoría, se sujetará a la aprobación de los presentes el siguiente decreto:¹⁵

La Asamblea electoral de los Estados Unidos Mexicanos decreta:
"Es Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el C... por el término de seis años contados desde esta fecha."

Los debates y resoluciones de la asamblea se regirán por el reglamento que esté vigente para el Congreso General, en todo lo aplicable, que no sea contrario a las siguientes reglas:

A. Los acuerdos del Presidente serán reclamables por cualquiera de los miembros, y quedarán en suspenso mientras la asamblea por mayoría de votos no los apruebe, salvo el caso de expulsión. El acuerdo del Presidente que ordene ésta, no podrá ser reclamado antes de que esté ejecutado.

B. El Presidente acordará la expulsión del miembro o miembros de la asamblea, en los casos de que desobedezcan un acuerdo del Presidente no reclamado, de que interrumpen por dos veces a un orador en una sesión, de que hagan uso de la palabra a pesar de que el Presidente se las haya negado, de que por ruido o voces altas impidan que se escuche a un orador o a los secretarios, de que promuevan escándalo, de que profieran insultos contra el Presidente de la Asamblea o alguno de sus miembros, salvo el caso de que se refieran hechos históricos pertinentes o que se examine la conducta de algún candidato; de que impidan oír los votos dados por los miembros; de que impidieren o estorbaren la ejecución del acuerdo de expulsión; de que se ausenten del salón de sesiones después de que el Presidente les prevenga que no deben salir, y en general de que impidan el orden.

C. Reclamado el acuerdo de expulsión que se habrá hecho efecti-

¹⁵ A pesar del parecido que a primera vista pueda aparentar el sistema electoral propuesto con el norteamericano, lo cierto es que nuestro autor advertía sobre este sistema del vecino país del norte:

"El día de las elecciones se reúnen los electores presidenciales en cada Estado, dan sus votos y se levantan actas que se remiten al Presidente del Senado, quien en pie, en presencia de ambas Cámaras, abre los certificados, computa los votos, y declara Presidente de la República al que haya obtenido la mayoría absoluta. Si todas las mayorías han sido relativas entre los tres candidatos más populares, el día al Presidente la Cámara de Diputados votando por Estados. La lucha electoral ha terminado, dejando inmensa duda sobre la verdad electoral, habiendo agitado al país en toda su extensión, habiéndose gastado sumas enormes y consumado muchísimos fraudes que la moral pública lamenta" (p. 340).

vo, la asamblea podrá reprobalo por el voto de dos terceras partes de sus miembros presentes.

D. No se levantará la sesión sin que previamente se haya anunciado que va a levantarse y que haya sido interrogada la asamblea si se reclama el trámite.

E. Los suplentes de los miembros propietarios ausentes o que hayan sido expulsados, se presentarán sin necesidad de ser llamados; pero sólo por acuerdo del Presidente podrán entrar al salón de sesiones, una vez instalada la asamblea.

F. Los suplentes de un miembro expulsado podrán presentarse mientras el acuerdo de expulsión no haya sido revocado.

G. Ningún miembro de la asamblea podrá hacer moción alguna de orden sin estar apoyado a lo menos por veinte miembros de la asamblea que se pongan en pie.

H. Fuera del salón de sesiones habrá una fuerza de policía a las órdenes exclusivas del Presidente, la que no podrá entrar al salón de sesiones sino por orden del mismo Presidente, ni hacer uso de la fuerza sino cuando el Presidente lo acuerde.

Cuando estuviere para concluir el periodo presidencial, se reunirá la asamblea electoral, sin necesidad de convocatoria, en el mismo día del mes anterior a aquel en que termine el periodo del Ejecutivo Federal, para elegir nuevo Presidente, observándose todo lo prescrito anteriormente. El decreto sobre elección expresará que el término de seis años se contará desde el día en que expire el término del Presidente en funciones.

El presidente de la República ejercerá su encargo seis años, contados desde el día en que termine el periodo del Presidente que cese, o desde su elección, si el motivo del nombramiento no fuere la extinción del periodo presidencial. Los seis años terminarán a las doce del día de igual fecha del mes de febrero de un año bisiesto, sus funciones terminarán la víspera a la misma hora.¹⁶

¹⁶ La esencia del pensamiento constitucional de José Diego Fernández se centra en el, hasta ahora, delicado y siempre controvertido tema de las elecciones de los funcionarios públicos, concretamente en la principal de todas: la elección presidencial.

"La enseñanza que nos proporciona el triunfo revolucionario del General Díaz —explica el autor—, es que los vicios de una elección presidencial y los motivos para proclamar que no ha existido tal elección, son la bandera que enarbolan los movimientos armados y que fecundan el campo de estímulos personales para que los ambiciosos sueñen con apoderarse del poder supremo mediante revoluciones. Dar

Artículo 77. Para ser Presidente se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, en ejercicio de sus derechos, de treinta y cinco años cumplidos al tiempo de la elección, no pertenecer al estado eclesiástico, residir en el país al tiempo de verificarse la elección, y no haberse levantado en armas contra un gobierno legítimo o que él mismo hubiere reconocido.¹⁷

Artículo 79. (Suprimido). Se sustituye por el siguiente:

El Presidente de la República protestará ante la Cámara de Diputados y en su receso ante la Diputación Permanente, en los siguientes términos: (Los de la Constitución).

Suprimida en la segunda parte del artículo 80, la mención de Vicepresidente; suprimido el artículo 81 y suprimida la mención de Vicepresidente en el artículo 82, y párrafo relativo a Vicepresidente de la República.

Artículo 80. El Presidente de la República no puede ser reelecto. Al separarse de su cargo, fenecido el término, gozará, como pensión vitalicia, de una renta igual a la mitad del sueldo de que disfrutó el último día de su cargo. Esa pensión la perderá por el hecho de tomar parte en sedición o en motín, o de sentencia condenatoria por algún delito.

El Presidente de la República no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso de la Cámara de Diputados.

Artículo 81. Mientras el Presidente de la República no tome posesión de su encargo, y en sus faltas absolutas o temporales, entrará al

certidumbre a una elección debe ser el gran objeto de los pensadores, el constante anhelo de los patriotas, para asegurar la paz en esta tierra bendita. Joaquín Costa decía: 'Echad doble vuelta a la llave que guarda el sepulcro del Cid, para que no vuelva a cabalgar'. Pongamos nosotros doble llave a los sepulcros de nuestros heroicos soldados de la revuelta, para que no vuelvan a la guerra civil" (p. 472).

¹⁷ El modelo que le inspiró la idea para esta adición al artículo, fue el de la sección que se añadió a la constitución norteamericana cuando, levantada la Confederación, considerada de rebelde y de ilegítima, sus servidores fueron desconocidos y, muchos de ellos, declarados incapaces para ocupar puestos públicos. La sección que se agregó en esa ocasión a la constitución fue la 3a. del artículo 14, quedando así:

"Ninguno puede ser Senador o representante en el Congreso, o elector de Presidente o de Vicepresidente, o desempeñar algún empleo civil o militar, federal o de los Estados, si habiendo jurado antes como miembro del Congreso o como empleado de los Estados Unidos, o como miembro de una Legislatura de Estado, o como empleado del poder Ejecutivo o del Judicial, mantener la Constitución de los Estados Unidos, tomó participación en rebelión o insurrección contra los mismos o ayudó a sus enemigos. El congreso podrá por el voto de dos terceras de cada Cámara, remover esta incapacidad" (pp. 310-311).

desempeño del poder interino Ejecutivo, el Consejo de Ministros, bajo la presidencia de uno de los Secretarios de Estado, en el orden de la ley que establezca su número.

El Consejo de Ministros no podrá actuar sin la presencia a lo menos de cinco Secretarios de Estado. Las resoluciones se tomarán a mayoría de votos, teniendo cada Secretario de Estado un voto. El Presidente del Consejo tendrá voto de calidad. Será Secretario del Consejo de Ministros alguno de los Subsecretarios, en el orden de la ley que establezca el número de Secretarías de Estado.

El Consejo de Ministros publicará las leyes en esta forma:

"El Consejo de Ministros de los Estados Unidos Mexicanos, depositario interino del Poder Ejecutivo, a sus habitantes, sabed: Que el Congreso de la Unión (o la Asamblea electoral, o la Cámara de Diputados, o la Cámara de Senadores o la Diputación Permanente) ha tenido a bien decretar lo que sigue:

(Aquí la ley o decreto.)

Por tanto, mando se imprima, se publique y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en el Palacio del Poder Ejecutivo de la Unión, en México, a... (la fecha). Firma del Presidente del Consejo de Ministros y del Secretario del Consejo de Ministros"

Artículo 83. (Se suprime el párrafo relativo al Vicepresidente).

Artículo 85. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, algunas de las Cámaras en ejercicio de sus facultades privativas, la Diputación Permanente o la Asamblea Electoral, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios del Despacho; remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no estén determinados de otro modo en la Constitución o en las leyes.

III. Nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación de la Cámara de Senadores, y en sus recesos, de la Diputación Permanente.

IV. Nombrar, con aprobación de la Cámara de Senadores, los coroneles y demás oficiales superiores del ejército y armada nacional y los empleados superiores de Hacienda.

V. Nombrar los demás oficiales del ejército y armada nacional, con arreglo a las leyes.

VI. Disponer de la fuerza armada de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación, estando obligados ejército y armada a no obedecerlo cuando ordene o haya ordenado la disolución del Congreso, de una de sus Cámaras, de la Diputación Permanente o de la Suprema Corte de Justicia. El ejército y la armada tienen el deber de restituir al ejercicio de sus facultades al cuerpo que hubiere sido disuelto.

VII. Disponer de la guardia nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción XX del artículo 72.

VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión.

IX. Conceder patentes de corso con sujeción a las bases fijadas por el Congreso.

X. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación de la Cámara de Senadores y a la aprobación de la de Diputados, según el caso.

XI. Recibir ministros y otros enviados de las potencias extranjeras.

XII. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias cuando lo acuerde la Diputación Permanente, o a una de sus Cámaras.

XIII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones.

XIV. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación.

XV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados, por delitos de la competencia de los tribunales federales exceptuándose los delitos oficiales.

XVI. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado y con arreglo a la ley respectiva a los descubridores, inventores, o perfeccionadores de algún ramo de industria.

El Presidente de la República dejará de serlo, sin necesidad de declaración alguna, si disuelve el Congreso, alguna de sus Cámaras, la Diputación Permanente o la Suprema Corte de Justicia; si reduce a prisión a diputados, senadores o magistrados de la Suprema Corte, impidiendo el funcionamiento del cuerpo a que pertenezcan; si sabedor de que se han verificado algunos de estos atentados, no ejercita sus facultades para ponerles término; si acepta algún plan revolucionario o se une al enemigo extranjero.

Realizado alguno de estos hechos, será obligación del ejército y de la armada ponerse al servicio de las instituciones y de la patria, a cuyo efecto el jefe de mayor graduación de los que acudan al cumplimiento de ese deber, será el jefe del ejército restaurador. Si varios jefes de los que concurran tuvieren el mismo grado, será preferido el que primero lo haya obtenido. Si dos o más tuvieren la misma antigüedad, será preferido el que primero obtuvo el grado inmediato anterior, y si resultare igual antigüedad, se atenderá sucesivamente a la de los grados inmediatos anteriores. Los gobernadores de los Estados que hubieren protestado por acto oficial contra el acto del Presidente, se reunirán en el lugar que designen, y a pluralidad de votos designarán al Presidente interino, a cuyas órdenes se pondrá el ejército restaurador.

El Presidente interino tendrá todas las facultades necesarias para restaurar el orden. Restablecido éste, el Presidente interino nombrará gobernadores para los Estados que no lo tengan, conforme a sus leyes, y se procederá a las elecciones locales en los Estados que no tuvieren poder legislativo o ejecutivo, las que se verificarán a la mayor brevedad. Reconstituidos los Estados, se procederá a la elección de diputados y senadores al Congreso General, si hubiere expirado el término de sus funciones, o a la elección de los senadores que deban sustituir a los cesantes, si aún estuvieren algunos en su periodo legal. Si la restauración se verificare cuando existiere legalmente un Congreso, éste será restaurado desde luego.

Establecido el Congreso, se procederá a elegir el Presidente de la República, conforme al artículo 76 de esta Constitución, no pudiendo ser electo el Presidente interino. Electo Presidente y separado el Presidente interino, el Congreso decretará las recompensas que deban darse, al Presidente interino y al jefe del ejército restaurador, si éste hubiere llenado sus deberes, entre los que figurará la aplicación de una suma de dinero, la que no será renunciable.

Artículo 86. Para ser Secretario del Despacho se requiere: ser ciudadano mexicano, estar en ejercicio de sus derechos y tener veinticinco años cumplidos.¹⁸

¹⁸ Aunque en este artículo se exige, para ser Secretario de Despacho, el ser ciudadano mexicano, se elimina el requisito de serlo por nacimiento, pues, explica el autor:

"El derecho moderno declara incapaz de regir un país al que no ha nacido en él; pero exigir la ciudadanía por nacimiento en los Secretarios de Estado y en los

Artículo 88. Todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente deberán ir firmados por el Secretario del Despacho encargado del ramo a que el asunto corresponde, o por el Subsecretario respectivo. Sin este requisito no serán obedecidos.

Los acuerdos del Presidente disponiendo de sumas que no estén amparadas por ley alguna, deberán llevar además la firma del Presidente, sin cuyo requisito no tendrán valor alguno.

Artículo 89. (Suprimido).

Artículo 92. Los Magistrados de la Suprema Corte serán nombrados por el Presidente de la República, y su nombramiento será ratificado por el Senado. Durarán en sus funciones diez años contados desde el día en que fuere ratificado su nombramiento. Terminado su periodo no podrán ser nuevamente nombrados. Gozarán al terminar sus funciones, de pensión vitalicia, igual a la mitad del sueldo de que hubieren disfrutado el último día de sus funciones, y perderán el derecho a dicha pensión por el solo hecho de que acepten un empleo, cargo o comisión de la Federación o de los Estados, o porque disfruten de beneficio alguno de la una o de los otros.¹⁹

Ministros de la Suprema Corte, es olvidar cuántos beneficios deben muchísimos países a extranjeros naturalizados que han presidido un Departamento. Tal vez con la sola excepción del Conde de Aranda, los mejores Ministros que ha tenido España han sido naturalizados: Grimaldi, Reppeda, Alberoni, etc. Hamilton, el gran Ministro de Hacienda americano, era extranjero. Admitamos estas exclusiones contra extranjeros, ¿por qué mantenerlas contra sus hijos nacidos en territorio mexicano, cuando su nacimiento, su educación, su convivencia con mexicanos los han incorporado en su patria? Si se quiere una garantía más, exijase que la madre haya nacido en este país" (p. 499).

¹⁹ Esta propuesta la justifica el autor con base en el siguiente razonamiento: "Los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia son electos popularmente. Este error de los constituyentes es hijo de su mala apreciación de las funciones que corresponden al Poder Judicial. La primera regla política en materia de Justicia, es desinteresarse a la Magistratura de los movimientos políticos, haciéndola extraña a ellos para poder juzgar las contiendas que los afecten, y esta regla ha sido violada en tres artículos.

El 90, que hace a la Suprema Corte creatura de los partidos políticos electorales. El artículo 116 que impone al Poder Judicial los deberes de proteger a los Estados contra invasiones, sublevación y trastornos interiores.

El artículo 94 que obliga a los Magistrados a mirar en todo por el bien y prosperidad de la Unión.

Los Magistrados de la Corte, electos por un partido, no pueden ser extraños a él, y en consecuencia, carecen de la imparcialidad necesaria para decidir en asuntos que les interesen.

Entre dos decisiones contradictorias: la una reclamada por la Justicia y la otra sostenida por el pueblo, el magistrado electo por la política, regularmente preferirá

En caso de falta temporal de los magistrados, serán nombrados como éstos, suplentes que fungirán por todo el tiempo que dure la falta temporal. En caso de falta absoluta o temporal de los suplentes, se nombrarán de nuevo. Si por cualquier motivo la Suprema Corte no pudiere funcionar por falta de Magistrados, se nombrarán suplentes para integrar el quórum, los que cesarán tan pronto como no sean necesarios.

la resolución popular, sepultando así la honradez de la Justicia. El Magistrado como tal, no es creyente, ni filósofo, ni político, ni patriota; no pertenece a familia alguna y vive sobre el movimiento social y político con la vida de la ley. Los Magistrados son los labios de la ley. Ningún interés grande o pequeño debe afectarlos. Para ellos no hay amigos, ni familia, ni religión, ni Patria. Se deben sólo a la ley, deben ser su órgano inmaculado garantizado por absoluta imparcialidad. Toda idea de conveniencia debe quedar proscripta de su criterio, informado sólo por su respeto a la ley, resueltos a hacer efectivos todos los bienes y todos los males del precepto legal. Un Magistrado electo por partidos políticos se coloca en la imposibilidad de llenar su alta misión. La elección popular para designar Magistrados ha sido proscripta de casi todas las constituciones de los pueblos libres.

Las cualidades de un buen Magistrado son virtudes que se manifiestan en casos privados que sólo interesan a los litigantes. En el silencio, entre las sombras, esas virtudes viven y se desarrollan, y sólo son conocidas alguna vez cuando la decisión resuelve intereses políticos. Los partidos aún dominados por la idea de crear una justicia imparcial e inteligente, no serían aptos para elegir a los hombres convenientes, por ignorar quiénes son los poseedores de las virtudes necesarias.

Nuestra actual organización hace más apremiante el cambio de sistema.

Si por causa natural, como el derrumbamiento de un techo, un descarrilamiento, etc., muere la mayoría de los Magistrados de la Suprema Corte, el país se queda por largo tiempo sin ese alto Tribunal. Si una epidemia postra en cama a la mayoría de Magistrados, durante la enfermedad y convalecencia la Nación no tendrá Suprema Corte en ejercicio. Si esa mayoría es condenada en juicio por los tribunales, la acefalia se produce planteando el dilema: o impunidad para Magistrados delincuentes, o falta de Justicia federal por bastante tiempo. El sistema que deba substituir al actual debe reunir dos condiciones, a saber: que dé garantías de acierto y que sea expedito para integrar la Suprema Corte.

Estas condiciones las realiza el procedimiento de designación por el Ejecutivo con ratificación del Senado. El Ejecutivo en la designación que hace revela al país la moralidad y acierto de sus actos, esto es, le da gran responsabilidad por sus nombramientos, lo que es una garantía. La ratificación por el Senado permite excluir un mal nombramiento. Este sistema hace fácil la substitución de Magistrados impedidos por causas absolutas o temporales. Es el sistema americano.

La duración de las funciones de los Magistrados es otra cuestión controvertida. Todos los proyectos presentados hacen vitalicias sus funciones. Esta solución olvida que para la justicia eficaz no basta la imparcialidad. Se necesita el trabajo, la constante labor, y que ésta no puede darla un magistrado anciano o enfermo. Con buen fundamento decía Rousseau, que el hombre enfermo es esclavo de su cuerpo, no es libre ni dispone de su tiempo, no es dueño de ejercitar sus facultades cuando quiere, pues el dolor, la debilitación, la necesidad de medicarse, la cesación pres-

Artículo 94. Los individuos de la Suprema Corte de Justicia, al entrar a ejercer su encargo, *protestarán* ante el Congreso, y en sus recesos ante la Diputación Permanente, en la forma siguiente: "¿Protestáis desempeñar *imparcialmente* el cargo de Magistrado de la Suprema Corte de Justicia, conforme a la Constitución y demás leyes obligatorias, sin tomar en cuenta la conveniencia política de vuestras resoluciones?"

Artículo 95. El cargo de individuo de la Suprema Corte de Justicia sólo es renunciable por causa grave, calificado por la Cámara de Diputados, ante quien se presentará la renuncia. En los recesos de ésta, la calificación se hará por la Diputación Permanente.

Los Magistrados de la Suprema Corte, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, no pueden desempeñar comisión o empleo del Ejecutivo Federal o de los Estados, ni percibir valor alguno de la Nación o de los Estados, fuera de sus emolumentos como jueces o magistrados, ni recibir don alguno o servicio gratuito de empresas o compañías.

Artículo 97. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales, excepto en el caso de que la aplicación sólo afecte intereses de particulares, pues entonces son competentes para conocer los tribunales y jueces locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.

II. De las que versen sobre derecho marítimo.

III. De aquellas en que la Federación fuere parte.

IV. De las que se susciten entre dos o más Estados.

V. De las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro.

cripta de trabajo, son impedimentos invencibles para la actividad. Cargos vitalicios llenan de valetudinarios los Departamentos del gobierno. Creo inconvenientes las funciones durante la vida. Nómbrase a un Magistrado por doce años, pero sin reelección. La fórmula política para la imparcialidad de la Magistratura es organizada dejándola sin temores ni esperanzas de los otros poderes.

Si el Magistrado es reelegible, dependerá éste del Presidente y del Senado, y la regla sobre imparcialidad se habrá violado.

Que el Magistrado goce de un sueldo de \$15,000 anuales, y que al expirar su periodo tenga de renta vitalicia \$7,500 anuales. Esta suma, más sus economías en doce años, le asegurarán tranquilidad en el resto de su vida, y si tiene aún vigor podrá formar nueva clientela. Entre el Foro y la Magistratura se establecerá una doble corriente benéfica para ambos. Esa pensión deberá perderla si desempeña empleo, cargo o comisión alguna. Así lo habremos librado de esperanzas y de temores" (pp. 489-493).

VI. De las del orden civil o criminal que se susciten a consecuencia de los tratados celebrados con las potencias extranjeras.

VII. De los casos concernientes a los agentes diplomáticos y cónsules.

VIII. De los conflictos que surjan:

a) Entre el Poder Ejecutivo de la Unión y el Congreso General, o alguna de sus Cámaras, la Diputación Permanente o la Asamblea electoral.

b) Entre el Poder Ejecutivo de la Unión y alguno de los poderes de los Estados, entre los poderes de los Estados o de sus Cámaras, o de funcionarios del mismo Poder Judicial que no esté resuelto por las leyes del Estado.

c) Entre el Poder Ejecutivo o el Congreso o alguna de sus Cámaras, o la Diputación Permanente, o la Asamblea General, y los jueces de Distrito, o Magistrados de Circuito de la Federación.

d) Entre los Estados.

Artículo 98. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellas en que la Unión fuere parte.

En los casos de conflicto a que se refiere la fracción VIII del artículo anterior, la Suprema Corte de Justicia, en tribunal pleno, los resolverá a petición de una de las autoridades en conflicto, la que al quejarse establecerá el hecho y fijará el precepto legal violado en su concepto. La Suprema Corte, previa audiencia de la otra parte, examinará si el precepto citado es el aplicable, y en caso de que así lo encontrare, resolverá si el hecho de la queja está probado, y en caso afirmativo, si es o no contrario al precepto que se invoca como violado.

La Suprema Corte resolverá cuál de las decisiones en conflicto deba ejecutarse.

Artículo 101. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales, incluso el Congreso de la Unión, alguna de sus Cámaras, la Diputación Permanente y el Presidente de la República.

(Las fracciones restantes lo mismo que en la Constitución).

No se dará curso a controversia alguna contra resoluciones pronunciadas en una controversia.

Artículo 102. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

El acusador o denunciante será considerado como parte.

Cuando la controversia se suscite con motivo de violación de garantías individuales en asuntos judiciales del orden civil, incluso la de exacta aplicación de ley, podrá promoverse la controversia o las de que se produzca el acto que se estima violatorio.

La ley fijará el término dentro del cual debe iniciarse la controversia.

Artículo 103. Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, son responsables por los delitos, faltas u omisiones que cometan durante el ejercicio de su encargo. Los gobernadores de los Estados son responsables por infracción de la Constitución, de las leyes federales, y por desobediencia a las ejecutorias del poder judicial federal.²⁰ El Presidente, durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado:

²⁰ Sobre este párrafo comenta el constitucionalista Felipe Tena Ramírez una polémica que se suscitó entre los licenciados Emilio Velasco, apoyado por don Ignacio Vallarta, y José Diego Fernández:

"En el Constituyente de 56 la Comisión de Constitución no incluyó a los funcionarios locales entre los enumerados en el título relativo a responsabilidades. La obsesionante idea que campeó en la discusión del artículo 114 (ahora 120) y que como hemos visto llevó a la asamblea a considerar a los gobernadores de los Estados como agentes de la federación, influyó para que después de abstrusos y enconados debates se aceptara, contra el parecer de la Comisión, el siguiente párrafo del artículo 103 de entonces: "Los gobernadores de los Estados lo son igualmente (responsables) por infracción de la Constitución y leyes federales." Parecía lógico, en efecto, que si los gobernadores eran funcionarios de la federación en cuanto agentes de la misma, estuvieran sujetos por este concepto a las mismas normas que regían la responsabilidad de los funcionarios natos de la federación.

"Más tarde se suscitó una polémica entre Emilio Velasco y José Diego Fernández, en la que terció Vallarta en pro de la opinión del primero. En un informe que produjo Velasco ante la Suprema Corte en el año de 74, sostuvo que "el fuero creado en las Constituciones de los Estados para aquellos funcionarios que son creaciones de la Constitución federal, debe ser respetado como una consecuencia de esa Constitución". La razón consiste en que "ese fuero es la garantía de la existencia de aquellos Poderes (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial)". El enjuiciamiento del Congreso o de la Suprema Corte por un juez común —razonaba Va-

- I. Por traición a la patria.
- II. Por violación de la Constitución y leyes federales, en puntos de importancia.
- III. Por desobediencia a ejecutorias del Poder Judicial Federal.
- IV. Por no publicar las leyes o decretos del Congreso de la Unión, de alguna de sus Cámaras, de la Diputación permanente o de la asamblea electoral.
- V. Por haber declarado por sí el estado de guerra o sitio sin causas bastantes.
- VI. Por no respetar el fuero constitucional de los altos funcionarios de la Federación, o por no haberlos puesto en libertad tan pronto como supo el atentado.
- VII. Por haber aprehendido al gobernador de un Estado, o a los miembros de las Legislaturas o Magistrados de su Tribunal, sin orden de la autoridad competente. En la misma responsabilidad incurrirá si no pone término al atentado tan pronto como lo sepa.
- VIII. Por la permanencia de tropas federales con uniforme o en traje de paisano, a menos de un kilómetro de distancia de los lugares en que se verifiquen las elecciones locales o federales, salvo el caso de que sus órdenes no hubieren sido cumplidas y hubiere separado del mando a los desobedientes y consignándolos a la autoridad competente, sin que pueda servir de exculpante la necesidad de conservar el orden.²¹

llarta—, sería un atentado tan reprobado por la Constitución, como el proceso de una legislatura o de un tribunal de un Estado.

"Con dialéctica ingeniosa, lindante con el sofisma, decía Velasco: "Se percibe fácilmente que los gobernadores tienen responsabilidad ante la federación en tanto cuanto forman parte del gobierno federal y son funcionarios de éste; pero no estando en el mismo caso los demás poderes, la federación no puede pretender sobre ellos el ejercicio de jurisdicción criminal." A lo que replicaba (José Diego) Fernández: "El silencio de diputados y demás funcionarios, tiene por origen que no debiendo gozar del fuero constitucional, están comprendidos en la cláusula general que da competencia a las autoridades federales sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales" (Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, decimocuarta edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa, México, 1976, 617 pp., pp. 596-597).

²¹ Cuenta al respecto cómo, en los Estados Unidos, se debatió, a partir de la presidencia de Hayes, en 1877, la presencia de tropa armada cerca de las urnas electorales para mantener la paz. Sobre el debate escribió Blaine: "Public opinion in the United States is hostile to any thing that even in appearance indicates a government control at elections, and most of all a control by the use of the military army" (p. 308).

La ley electoral determinará la forma y lugar en que votarán los miembros del ejército y de la armada.

IX. Por haber hecho producir efectos a algún acto suyo, que deba ser ratificado, antes de que lo fuere.

X. Por haber estorbado las funciones de los poderes federales o locales sin causa legal, o no haber hecho cesar el atentado tan pronto como lo supo, si fuere cometido por individuos del ejército.

XI. Por haber acordado gastos no autorizados por las leyes de egresos siempre que se reúnan las dos circunstancias de que no haya dado aviso desde luego a la Cámara de Diputados o a la Diputación Permanente, en receso del Congreso, y que éste no hubiere aprobado el acuerdo presidencial.

XII. Por delitos graves del orden común.

No gozan de fuero constitucional los altos funcionarios de la Federación y los gobernadores de los Estados, cuando no ejerzan su cargo; pero volverán al goce de él, al entrar a sus funciones.

Artículo 104. El fuero constitucional consiste en que ninguno de los funcionarios que lo disfrutan, sin distinción entre delito, común y oficial, pueda ser separado de las funciones que ejerza antes de que la Cámara de Diputados haya declarado por dos terceras partes de sus votos, que ha lugar a proceder, y que la Cámara de Senadores haya pronunciado por dos terceras partes de sus votos la remoción del acusado.

Artículo 105. La acusación se presentará a la Cámara de Diputados, la que conforme a la ley relativa instruirá el proceso y declarará si ha lugar a proceder contra el acusado. Si resolviere que no ha lugar, se archivará la causa.

Si declarase que ha lugar, nombrará una comisión de cinco diputados, a la que se agregarán los acusadores para que sostenga la acusación ante la Cámara de Senadores, sin que el acusado quede suspendido. Las resoluciones de la Cámara de Diputados deberán ser dictadas por dos terceras partes de los miembros presentes.

A esto agregaba que: "La mayoría de los Diputados prefieren perder millares de votos, a ser protegidos por la sombra de una autoridad nacional. Se aprobó como adición al presupuesto: 'que ninguna suma decretada se aplicará ni se pagará para la subsistencia, equipo, transporte o compensación del Ejército de los Estados Unidos, para usarse como fuerza de policía que cuide de la paz en las casillas en cualquiera elección en un Estado.'" (idem).

En caso de declaración de que ha lugar a proceder, se remitirá la causa a la Cámara de Senadores, para que previos los trámites de la ley respectiva, pronuncie sentencia de remoción del acusado, sin aplicarse otra pena.

La Cámara de Senadores estará presidida durante el juicio, por el Presidente de la Suprema Corte, y, en su defecto, por el que desempeñe sus funciones en ese alto tribunal.

Pronunciada la remoción, se mandará la causa al tribunal competente, el que juzgará sin tener en cuenta las resoluciones de las Cámaras, y sin poder revocar la remoción.

Si durante el proceso cesare el acusado en las funciones con cuyo motivo goza del fuero constitucional, se pondrá término a todos los procedimientos parlamentarios y se remitirá la causa el juez competente para que la prosiga y termine.²²

²² El tema del juicio de desafuero a altos funcionarios lo aborda el autor a partir del caso del presidente Johnson, quien en el año de 1868 fue llevado a juicio, siendo acusado por unos hechos y condenado por otros. Al respecto explica que: "Los constituyentes americanos no encontraron en la organización del Gobierno autoridad alguna imparcial, a la que se pudiera entregar el derecho de fallar en estos procesos, sin herir graves intereses nacionales. Ellos bien sabían que los políticos se unen para reconocer en sus amigos la razón que no tienen, que en sus manos la justicia es un peligro. El sentido práctico y el alto buen juicio de los constituyentes americanos, trajeron las siguientes prescripciones constitucionales para limitar esa amenaza:

1o. Es necesario la conformidad entre ambas Cámaras para deponer al Presidente de la República;

2o. El Senado deberá aprobar por dos tercios de votos;

3o. La condenación aprobada por ambas Cámaras sólo produce efecto de separar al Presidente de su cargo;

4o. Una vez separado, los Tribunales practicarán la averiguación correspondiente sin preocuparse por las declaraciones de las Cámaras, e impondrán las penas a que hubiere lugar.

Estas restricciones, para condenar, traían consigo otro peligro: el de la impunidad. Una pequeña minoría en el Senado sería un veto a la justicia. El mal era notorio, pero entre estos dos peligros, el de un partidario condenado, y el de un partidario absuelto, en la conciencia de la Convención se levantó el principio de justicia universal que prefiere la absolución del culpable, a la condenación del inocente.

Varias Constituciones latinas, y entre ellas la nuestra, dejan al voto de una simple mayoría de la Cámara de Diputados, la permanencia o separación del Presidente en su cargo.

El cuerpo, que por su composición, por el número de sus miembros, por el tiempo de sus funciones, está más dispuesto a obrar por pasión, es el que decide la remoción de un presidente. El amor propio herido por el veto del Ejecutivo, bastará en muchos casos para crear en la Cámara popular una mayoría contra el Pre-

Artículo 107. La responsabilidad por delitos y faltas oficiales, sólo podrá exigirse en el periodo que el funcionario ejerza su encargo, y tres años después.

Artículo 109. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, y establecerán en sus constituciones la no reelección de sus gobernadores y el sistema bicamaria.²³

Artículo 110. Los Estados, los Territorios y el Distrito Federal pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites; pero no llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación del Congreso de la Unión. Pueden celebrar entre sí, sin necesidad de aprobación del Congreso, convenciones sobre sus intereses comunes y fijar reglas obligatorias para sus intereses públicos, siempre que los objetos de esos convenios estén dentro de su competencia y que no sean de materia política.

Artículo 111. Los Estados no pueden en ningún caso:

(Igual a como está en el texto vigente de la constitución).

IX. Dictar leyes respecto de actos que no se verifiquen en su territorio.

X. Ejercer las facultades que les están prohibidas por esta Constitución; las que están dadas con carácter exclusivo o privativo a la Federación, y las que, si fueren ejercidas por los Estados, serían contradictorias a los términos en que han sido concedidas a la Federación.

XI. Gravar las propiedades o funciones federales, ni estorbar éstas en manera alguna, aun cuando tengan apoyo en alguna ley local; dejar

sidente, y a esa Cámara apasionada y herida se le entrega atado de pies y manos el Ejecutivo de la Unión. Este sistema rompe con la independencia del Presidente de la República, haciéndole el cortesano de la mayoría en la Cámara popular" (pp. 282-283).

²³ Explica que: "El bicamatismo representa la doble discusión, la doble meditación sobre cada proyecto, y esto garantiza contra impetuosidades, contra arrebatos de pasión, contra exigencias momentáneas, contra tiranías populares. La dilación parlamentaria es conveniente para el acierto en la ley. La dilación que es mal en el Ejecutivo, es buena para el Legislativo, lo obliga a pensar antes de querer. La Cámara de Diputados es numerosa para abrir al pueblo muchos conductos para expresar sus deseos. El Senado es de pocos miembros para dar lugar a la meditación, para evitar la influencia y las multitudes. El modo de formación de cada Cámara y su duración, tienden a favorecer estos proyectos. . . La Cámara de Diputados representa el progreso, el porvenir, la reforma. El Senado representa la conservación, el obstáculo a reformas" (pp. 487-488).

de cumplir las ejecutorias de los tribunales federales, violar esta Constitución, los tratados o leyes de la Federación, las resoluciones del Congreso, de las Cámaras, de la Diputación Permanente o de la Asamblea electoral.

XII. Separarse de la Unión, reasumir su soberanía, o declararse neutrales.

XIII. Suspender las garantías individuales, declarar el estado de guerra, o de sitio, o suspender el juicio de amparo.

XIV. Expulsar a alguno del territorio del Estado o del nacional. Las leyes o disposiciones generales que den los gobiernos de los Estados, con efecto sobre extranjeros, podrán ser suspendidas por el Presidente de la República, mientras el Senado no declara si deben subsistir. El Ejecutivo Federal, inmediatamente que participe la suspensión antedicha al Gobernador del Estado respectivo, lo pondrá en conocimiento de la Cámara de Senadores o de la Diputación Permanente, si el Congreso estuviere en receso. La Cámara de Senadores pedirá informe al gobernador del Estado respectivo, mandándole copia del oficio del Poder Ejecutivo. El Senado, oyendo en debate público a la persona que nombre el gobernador para defender el acto suspendido, resolverá por mayoría de votos si debe subsistir la disposición reclamada. El Senado fundará su resolución en la Constitución, tratados y leyes federales, y si con estos elementos no se pudiere resolver el punto al debate, podrá inspirarse en la conveniencia nacional. Si el Senado resolviere que no es de subsistir la suspensión reclamada, quedará levantada y el Estado en libertad para mantener o derogar el acto objetado. Si la resolución fuere que no es de subsistir dicha disposición, se remitirá copia certificada del acta relativa al gobernador del Estado, publicándose en el periódico oficial de la Federación. Todas las autoridades del Estado quedarán obligadas a no ejecutar la disposición declarada insubsistente, bajo las penas de desobediencia a la autoridad federal.²⁴

²⁴ Sobre la competencia de los estados en asuntos internacionales, el autor establece que: "Los Estados tienen a su cargo intereses locales. No debe serles lícito comprometer los intereses nacionales. Cuando sus autoridades expongan éstos, el Senado de la República debe intervenir mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros presentes, para suspender el acto y declararlo insubsistente. Leyes que afecten extranjeros, intereses internacionales, legaciones, etc. deben estar bajo esta regla" (p. 494).

Si alguna autoridad judicial o administrativa de un Estado, incoare procedimiento contra un extranjero por actos de éste ejecutados en obediencia de su gobierno, o que por cualquier otro motivo fueren elementos de una cuestión internacional, el Ejecutivo Federal hará saber esta circunstancia al gobernador y al Juez de Distrito respectivo, para que la autoridad federal se avoque el conocimiento del negocio.

Artículo 112. Tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión;

I. Establecer derechos de tonelaje, ni otro alguno de puerto; ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones. El cobro de estos impuestos, sin el consentimiento previo del Congreso, hace civil y penalmente responsable al empleado o funcionario que exija su pago.

(Las fracciones II y III quedan igual a como están en el texto vigente).

Artículo 114. Los gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales. Éstas comenzarán a ser obligatorias el día que ellas fijen. En caso de que no expresen, comenzarán a regir sin distinción de lugares, al mes siguiente al de su completa publicación en el periódico oficial de la Federación, en el mismo día del mes en que la publicación hubiere terminado. Si ésta hubiere terminado el último día de febrero de un año bisiesto, comenzará a regir desde el día siguiente a esa fecha.

Artículo 116. Los poderes Legislativo y Ejecutivo tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior.

En caso de sublevación o trastorno interior con carácter exclusivamente local, les prestará igual protección a los poderes constituidos, siempre que fueren excitados por el Ejecutivo del Estado, su Legislatura o su Diputación Permanente. Si el motivo de la sublevación o trastorno local fuere un conflicto entre los poderes del Estado, a petición de cualquiera de éstos, la fuerza federal restablecerá la tranquilidad, reconociendo las autoridades de hecho, mientras resuelve la Cámara de Senadores la cuestión política.

Artículo 117. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados, los que podrán delegarlas a sus mandatarios o conservarlas en reserva sin ejecutarlas.²⁵

²⁵ Por cuanto a las facultades de los Estados se refiere, el autor considera que:

Artículo 118. Ningún individuo puede desempeñar a la vez dos cargos de la Unión de elección popular; pero el nombrado puede elegir entre ambos el que quiera desempeñar.

No podrán desempeñarse, por ninguno simultáneamente, empleo o función federal y de algún Estado. Los funcionarios o empleados de algún poder federal, no podrán desempeñar empleo ni funciones de otro poder de la Federación.

Artículo 119. Ningún pago podrá hacerse, que no esté autorizado por una ley vigente.

En casos urgentes, el Presidente de la República podrá ordenar bajo su firma un egreso no autorizado por la ley respectiva, debiendo dar aviso de tal orden dentro de ocho días de dictada a la Cámara de Diputados, o a la Diputación Permanente en caso de receso del Congreso. La falta de aviso lo constituye responsable así como al Secretario de Estado que firmó la orden.

Sólo agentes o empleados civiles podrán hacer los gastos y distribución de sumas que señale el presupuesto.

Artículo 120. El Presidente de la República, los individuos de la Suprema Corte de Justicia, los diputados y demás funcionarios públicos de la Federación, de nombramiento popular, recibirán una compensación por sus servicios, que será determinada por la ley y pagada por el tesoro federal. Esta compensación no es renunciable, y la ley que la aumente o la disminuya, no podrá tener efecto en favor del Presidente de la República, de los Secretarios de Estado, miembros de la Suprema Corte, diputados ni senadores en funciones al aprobarse la ley, sino en el caso de que fuere aprobada por dos terceras partes de los diputados y senadores. Si fuere aprobada por simple mayo-

"Del hecho de que una facultad corresponde a un Estado, no se deduce que las autoridades constituidas del Estado, puedan ejercerla. Los derechos de los Estados son de dos clases: unos delegados a los poderes del mismo, y otros que se ha reservado el Estado, y que nadie puede ejercitar mientras la Constitución local no lo determine. Un ejemplo aclarará esta división. Todo Estado tiene derecho para contraer deudas, con las limitaciones que expresa la fracción VIII del artículo 111 de la Constitución, y entre tales limitaciones no figura la cuantía de crédito.

"Este derecho del Estado puede ser delegado sólo en parte: así lo hacen las constituciones de varios Estados Americanos...

"Cada Estado tiene derecho para realizar mejoras materiales, y algunos Estados de la Unión Americana niegan esa facultad a los poderes constituidos. Todas estas disposiciones motivadas en la corrupción y despilfarro de los mandatarios, demuestran que los Estados pueden tener en reserva derechos que no han delegado" (pp. 26-27).

ría, sólo producirá efectos cuando haya cambiado el personal. Las compensaciones a diputados y senadores se cubrirán en proporción con su asistencia a sus respectivas Cámaras.

Artículo 121. Todo funcionario público, antes de tomar posesión de su encargo, prestará protesta de guardar esta Constitución y las leyes que de ella emanen. *En todo caso que fuere urgente la toma de posesión y que la prestación de la protesta obligare a demora, la falta de ella no impedirá la toma de posesión.*

Artículo 122. En tiempo de paz ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas, almacenes y lugares que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que estableciere para la estación de las tropas.

Artículo 126. *En los casos de jurisdicción concurrente de la Federación y de los Estados, tendrá preferencia la jurisdicción federal, y sus decisiones deberán ejecutarse antes que las de los Estados, si no fueren contradictorias. Si lo fueren, quedarán sin efecto las disposiciones del Estado luego que deban ejecutarse las de la Federación.*

Todas las autoridades de cada Estado, estarán sujetas a las siguientes leyes: esta Constitución, los tratados, las leyes federales, la constitución del propio Estado y sus leyes locales. En caso de conflicto entre estas leyes, se observarán las de carácter superior, expresado en el orden que este artículo fija sin atender a las prescripciones de la ley de orden inferior.

Artículo 127. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de sus individuos presentes acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Para la formación de nuevos Estados, o supresión de algunos, se observarán las prescripciones del artículo. 72.

LOS ORIGENES DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO *

Javier GARCADIENGO

SUMARIO: I. Los motivos. II. El enfrentamiento. III. Los protagonistas. IV. Sorprendente resultado y orígenes imprecisos.

I. LOS MOTIVOS

El nacimiento de la Escuela Libre de Derecho fue un importante acontecimiento en la historia de la educación superior en México, y un conflicto ilustrativo de la problemática política y educativa de los primeros años de la Revolución Mexicana. Sin embargo, no ha recibido la atención que merece: salvo por un caso ejemplar,¹ el surgimiento de la Libre de Derecho ha sido analizado desde perspectivas maniqueas: por un lado, sus apologistas; por el otro, sus detractores. Por ello es urgente analizarlo desde una perspectiva neutral y con rigor científico, para lo cual es imprescindible ubicar el asunto dentro del contexto político-educativo suscitado por la decadencia y caída del régimen porfirista y el surgimiento balbuceante y confuso de un nuevo proyecto nacional.²

La creación de la Universidad Nacional, en septiembre de 1910, suponía la necesidad de ampliar y mejorar la educación profesional en México, en atención al desarrollo económico alcanzado en esos años:

* Texto de la conferencia pronunciada en la Escuela Libre de Derecho en el mes de diciembre de 1992.

¹ Me refiero obviamente, a Jaime DEL ARENAL, cuyos escritos sobre el tema se citarán en su oportunidad. Resulta de especial valor sus antologías documentales: "La Fundación de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm 11, México, 1988, pp. 555-805, y "Luis Cabrera, director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", en *Cuadernos del Archivo Histórico de la UNAM*, núm. 10, México, 1989, 117 pp. (en adelante FELD y LCDJ, respectivamente).

² Este escrito procede de mi extenso trabajo en prensa: *Rudos vs. Científicos: la Universidad Nacional durante la Revolución Mexicana*, el que se refiere a toda la problemática de la educación superior entre 1910 y 1920.

supuso también que el Estado asumía una función tutorial en materia educativa.³ Sin embargo, unos meses después ese Estado omnipotente y profesionalizante fue derrocado y sustituido por un gobierno débil y partidario de la educación básica y popular. Para sobrevivir, el proyecto universitario porfiriano —léase sierrista— se vio obligado a reformarse. Sin embargo, no todos percibieron clara e inmediatamente la situación. Para la mayoría era evidente que sobrevendrían cambios en materia de educación profesional; sin embargo, muy pocos intuyeron la naturaleza y la orientación de dicho cambio. Debe reconocerse que se carecía de experiencias históricas similares, que la situación política de Madero era contradictoria. A principios de su gobierno tuvo una política continuista, o al menos respetuosa, en educación superior: de colaboradores designó a personas pertenecientes a la comunidad universitaria, como Miguel Díaz Lombardo y Alberto J. Pani. Sin embargo, desde finales de febrero de 1912 cambió su actitud, muy probablemente preocupado por 'el caso Ugarte'.⁴ Comenzó a designar gente leal a él, que tuviera como principal objetivo el control político de la institución en lugar de la calidad de la docencia. Para su desgracia, el cambio había de traerle serios problemas.

Por principio de cuentas, Díaz Lombardo fue sustituido por José Ma. Pino Suárez,⁵ sin quedar clara la causa de la renuncia: ¿lo fue la lucha estudiantil en favor de Ugarte? ¿lo fue su criticada propuesta de reducir la libertad de prensa?⁶ Cualquiera que haya sido el motivo,

³ La literatura sobre la creación de la Universidad Nacional en 1910 es muy extensa. Los estudiosos más confiables y significativos van de Edmundo O'GORMAN a Lourdes ALVARADO, pasando por Lia GARCÍA VERÁSTEGUI, Alfonso de MARÍA Y CAMPOS y Gloria VILLEGAS. Véase también mi artículo, "Una efeméride falsa: la supuesta fundación de la Universidad Nacional en 1910", en *Universidad de México*, núm. 483, abril de 1991, pp. 41-49.

⁴ Manuel Ugarte era un escritor argentino que fue invitado a dar unas conferencias en México a principios de 1912. Dado que el tema habría de ser la condena del imperialismo norteamericano por su conducta hacia los países latinoamericanos, el gobierno de Madero intentó que no diera tales conferencias, para no provocar el enojo de Washington. Como resultado hubo una gran movilización estudiantil, siendo acusado el gobierno de Madero proyanqui y de atentar contra la libertad de expresión. Véase Pablo Yankelevitch, "Ellos y nosotros: Escenografía antimaderista y fervor latinoamericano en una conferencia de Ugarte en México", en *Eslabones*, núm. 4, julio-diciembre 1992, pp. 41-49. Véase también Jaime DEL ARENAL, "Vasconcelos, Herrera y Lasso y la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 9, 1985.

⁵ Archivo General de la Nación. Fondo Instrucción Pública y Bellas Artes. Caja 279, expediente 2(78), foja 1 (en adelante FIP y BA, c., exp., f.).

⁶ *El Imparcial*, 20 febrero 1912.

¿por qué el nombramiento de Pino Suárez? Era obvio que sería mal recibido, incluso por los universitarios más gobiernistas, pues evidentemente careció de tiempo para atender los asuntos del ramo, dado que conservaría el puesto de vicepresidente del país. Esto, aunado a su desconocimiento del ámbito educativo, pudo haber hecho pensar a varios que daría considerable libertad de acción a ciertas dependencias. Sin embargo, el desprecio que se le tenía era enorme: el rechazo fue casi total, numérica y cualitativamente. La designación de Pino Suárez fue considerada, cuando menos, un error; cuando más, una provocación. Fue visto como extraño al sector educativo —cuando más había sido poeta y periodista—, y se dijo que no era problema de indisponibilidad de tiempo ni de falta de preparación sino de que carecía de la capacidad intelectual para el puesto.

¿Qué pretendía Madero con dicho nombramiento? ¿qué hizo Pino Suárez en el puesto? Resulta difícil creer que Madero ignorara o hubiera olvidado las posturas antipinistas de los universitarios. Es evidente que puso en una balanza la oposición que provocaría su designación frente a los objetivos de la misma, y que prevalecieron los segundos. Después de los conflictos por Ugarte y del menos que tibio apoyo electoral dado por la comunidad universitaria a Madero a finales de 1911, éste decidió influir en el sector educativo, reorientarlo políticamente; sobre todo, decidió acabar con el control que sobre él ejercían grupos ligados al Porfiriato, específicamente 'Científicos' y revistas. Tales pretensiones se confirman con el nombramiento del principal colaborador de Pino Suárez. Aunque Alberto J. Pani fue ratificado en la Subsecretaría, Pino Suárez llevó como secretario particular a José Inés Novelo,⁷ quien de inmediato pasó a ser 'el hombre fuerte' del ministerio. Sus antecedentes eran elocuentes e inequívocos: originario de Yucatán, fue becado para estudiar las carreras normalistas y abogado en la Ciudad de México. De regreso en su estado dirigió el Instituto Literario de Yucatán y el Consejo de Educación Pública local, donde apoyó el establecimiento de escuelas rurales. Si su proyecto educativo no estaba en consonancia con el del régimen porfirista, menos lo estaban sus ideas políticas. En efecto, su antirreleccionismo provocó su despido y su adhesión al maderismo. También poeta, de corte modernista y de reducido valor. Novelo tenía un

⁷ FIP y Ba, c. 279, exp. 80, f. 5.

proyecto educativo alternativo al del grupo 'Científico', del que además era abierto enemigo político.⁸

Pino Suárez prometió una educación pública más centralizada, atendida y vigilada por el gobierno; aseguró que dicha educación tendría que tener un espíritu liberal y revolucionario, y advirtió que favorecería la educación popular y elemental.⁹ Su propuesta vino a confirmar los temores de los universitarios. Sin embargo, dadas las condiciones del país hacia mediados de 1912, en plena rebelión orozquista y contienda electoral legislativa, era más difícil obstruir y destruir que promover o edificar. Por lo tanto, poco pudieron hacer Pino Suárez y Novelo en favor de la educación popular. Sus esfuerzos parecieron encaminados, más bien, a combatir con denuedo al sistema educativo precedente. Para poder llevar adelante su proyecto, Pino Suárez pidió pronto su renuncia a Pani, alegando incompatibilidad en sus concepciones sobre los objetivos y procedimientos que debían prevalecer en el ministerio.¹⁰ Una de esas diferencias fue respecto a la Universidad Nacional, protegida por Pani y atacada por Pino Suárez.¹¹ En efecto, éste pretendió cambiar inmediatamente a los directores de todas las escuelas universitarias, lo que logró en la Preparatoria, Jurisprudencia, Medicina y Bellas Artes; además, la muerte de Porfirio Parra facilitó el cambio en Altos Estudios, donde fue designado Alfonso Pruneda.¹² Dichas sustituciones provocaron problemas políticos menores; sólo una los provocó terribles: el nombramiento de Luis Cabrera en Jurisprudencia.

Pino Suárez fue soberbio y descortés en sus relaciones con la Universidad Nacional: se negó a asistir a las sesiones del Consejo Universitario, alegando falta de tiempo, y se limitó a girar instrucciones al Rector sobre los asuntos que deseaba fueran discutidos e inmediatamente resueltos en dichas sesiones.¹³ Públicamente aseguró que la Uni-

⁸ *Diccionario Histórico y Biográfico de la Revolución Mexicana*, 8 vols., México, INEHRM, 1990, t. VII, pp. 731-732.

⁹ *El Imparcial*, 1, 6 marzo 1912.

¹⁰ *Boletín de Instrucción Pública*, XX: 9-10 (en adelante BIP) *El Imparcial*, 10, 13, 23-4, 29-30 agosto 1912. Pani fue sustituido por Jerónimo López de Llergo, quien ya tenía un alto puesto en el ministerio.

¹¹ La buena relación entre Pani y los universitarios le permitió recuperar inmediatamente su plaza de profesor. Véase, *El Imparcial*, 12 septiembre 1912.

¹² Informe Labores Rector, septiembre 1910 a sept. 1912, en BIP, XXI: 304-12. *El Imparcial*, 25 abril 1912.

¹³ José Ma. Pino Suárez, Srio. Instruc., a Joaquín Eguía Lis, Rector UN, 22

versidad Nacional debía ser reorganizada, e hizo cargos particulares contra Altos Estudios y Jurisprudencia: a esta última la criticó por la supresión del curso de Derecho Romano.¹⁴ En un país donde los modales influyen, la conducta de Pino Suárez fue considerada una afrenta. Si durante el interinato de Francisco León de la Barra el ministro de Instrucción Francisco Vázquez Gómez había desafiado el control de los 'Científicos' en la Preparatoria, la llegada de Pino Suárez y Novelo desató una auténtica guerra por el dominio de Jurisprudencia.

Cuando Pedro Lascuráin sustituyó a Manuel Calero en la Secretaría de Relaciones Exteriores, dejó vacante la dirección de Jurisprudencia. El gobierno decidió aprovechar la ocasión y nombrar a un director que combatiera la influencia de los 'Científicos' en dicha escuela. Los rumores que circularon sostenían que los candidatos eran el mismo Pani y Luis Cabrera.¹⁵ Dado que el primero era ingeniero, fue obvio que el favorito del gobierno era Cabrera. Los objetivos gubernamentales eran igualmente obvios: Cabrera tenía prestigio como político —antes reyista y luego maderista—, y como periodista de oposición, anti 'Científico'. Aunque egresado de Jurisprudencia en 1901, Cabrera carecía de los antecedentes y requisitos académicos que justificaran su nombramiento. Si bien había sido profesor interino de Derecho Civil desde principios de 1908, renunció a mediados de 1910 pues le interesaban más sus "labores de carácter político". A pesar de ello, a mediados de 1911, luego del triunfo del maderismo, reingresó al claustro, otra vez como interino, con el apoyo del nuevo gobierno logró poco después la definitividad, a pesar de que eran constantes las faltas de asistencia a su cátedra. Su llegada a la dirección, a finales de 1912, coincidió con su campaña electoral en busca de una curul en la XXVI legislatura, lo que demostraba que sus intereses seguían siendo políticos.¹⁶

En protesta por la burda maniobra y el nulo interés del Gobierno por las necesidades académicas de Jurisprudencia, Jorge Vera Estañol renunció a su cátedra tan pronto supo del nombramiento de Cabrera.¹⁷

junio 1912, en Archivo Histórico UNAM, Fondo Universidad Nacional, Ramo Rectoría, caja 5, expediente 73, foja 2061 (en adelante FUN, RR, c., f.).

¹⁴ La supresión de dicho curso databa de finales del Porfiriato. Véase también *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, 7 diciembre 1912, pp. 1-7.

¹⁵ *El Imparcial*, 11 abril 1912.

¹⁶ DEL ARENAL, Jaime, *Introducción a LCDJ*, pp. 11-12.

¹⁷ *El Imparcial*, 21 abril 1912. *El País*, 21 abril 1912. Germán FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Noticias Históricas sobre la Escuela Libre de Derecho. Orígenes y Fun-

Pocos vieron entonces que la actitud de éste era el inicio de una nueva etapa en la historia de la enseñanza del Derecho en el país. La oposición de profesores y alumnos a Cabrera fue inmediata y unánime. Durante la ceremonia de toma de posesión fueron insultados y ridiculizados Pino Suárez y Cabrera, especialmente el primero por su desastroso discurso y su ingenua y paladina aceptación de que el nombramiento de Cabrera tenía motivos y objetivos políticos. Al contrario, el nombre de Vera Estañol fue vitoreado durante el acto.¹⁸ Es indiscutible que, más que deslucida, la toma de posesión de Cabrera fue premonitoria.

Jurisprudencia no era la única escuela asediada por el gobierno. Sin embargo, fue la que más radicalmente se opuso a la nueva política educativa. ¿Cómo se explica su reacción? ¿Cuál era su tradición política? Jurisprudencia había tenido relaciones especialmente cordiales con los políticos porfiristas, ya fueran 'Científicos' o reyistas; incluso numerosos alumnos eran hijos de autoridades gubernamentales. También se había gozado de buenas relaciones al interior de la escuela: los directores Pablo Macedo y Julio García, y los maestros Jorge Vera Estañol y Rodolfo Reyes, entre otros, eran admirados por la mayoría. No obstante algunos conflictos menores, la escuela tenía un fuerte espíritu comunitario y una considerable dosis de homogeneidad. Madero pensó equivocadamente que los exreyistas se solidarizarían con Cabrera. Parece que olvidó que tenía en prisión al propio general Reyes, lo que imposibilitaba cualquier apoyo de ellos a su política anti'científica' en Jurisprudencia. La explicación de la dureza de la respuesta es que para mediados de 1912, la comunidad de Jurisprudencia, 'Científica' o reyista, había perdido todo menos la escuela; era su último bastión y tenía que ser defendido como la trinchera más estratégica. Además, Jurisprudencia era el proveedor principal de 'cuadros' gubernamentales; por lo tanto, allí se veían con alarma los cambios traídos por la Revolución respecto a las pautas de reclutamiento del personal político y administrativo. La oposición, en el fondo, iba contra cualquier cambio en la función que la escuela cumplía en el sistema político nacional. Esto explica también que la lucha contra Cabrera fuera la única de todos esos años con enorme participación de profesores.

dación". en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, vol. IV, enero-julio 1928, pp. 16-17.

¹⁸ *El Imparcial*, 21, 23 abril 1912. *El País*, 23 abril 1912. *El Tiempo*, 23 abril 1912. Un participante recuerda que los estudiantes coreaban el grito de 'Pino, no — Pino, no'. Cfr. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, p. 17.

II. EL ENFRENTAMIENTO

Los problemas comenzaron tan pronto Cabrera tomó el puesto. Hombre inteligente pero impulsivo, sus decisiones solían ser adecuadas pero carecían de los procedimientos adecuados. En esa ocasión hizo muy violenta su llegada, al cuestionar la honorabilidad de la comunidad entera. En efecto, advirtió que había sido enviado a regenerar la escuela, la que recientemente había caído en la pereza y el constante relajamiento de la disciplina.¹⁹ Tales acusaciones provocaron el repudio de la comunidad, orgullosa de su escuela. Algunos profesores, como Ricardo R. Guzmán,²⁰ prefirieron renunciar a trabajar bajo la dirección de Cabrera. La estrategia política de Cabrera fue doblemente errónea: fue injusto y provocador al atacar a las anteriores administraciones y al profesorado en su conjunto, sin matices ni distinguos; además, en lugar de buscar el apoyo de los estudiantes, los hizo también objeto de sus diatribas. En efecto, endureció los reglamentos de la biblioteca —lo que también afectaba a profesores— y clausuró el salón recreativo de los alumnos, argumentando que muchos libros se habían perdido y que se hacía mal uso del salón, pues allí tenían lugar juegos prohibidos y reuniones políticas.²¹ Las acusaciones de Cabrera resultaron excesivas; pronto quedó aislado, con muy pocos simpatizantes y sin posibilidad de alianzas al interior de la institución.

Durante el primer mes de su mandato las relaciones con la comunidad fueron tensas en extremo. Se volvieron explosivas a finales de junio, cuando se impusieron los exámenes bimestrales escritos —previstos en el reglamento— y cuando los alumnos del último curso fueron obligados a prestar servicios gratuitos en los tribunales y juzgados, como 'práctica' elevada a nueva obligación escolar, reformas anunciadas, ambas, desde la llegada de Cabrera a la escuela.²² Aunque los

¹⁹ Un exalumno de la escuela, convertido por la política en influyente maderista, felicitó a Cabrera por sus afanes regenerativos. Cfr. Federico González Garza a Luis Cabrera, Dir. Jurispr., 27 abril 1912, en LCDJ, dc. 6. *El diagnóstico de Cabrera*, en *ibid*, dc. 5.

²⁰ Resulta significativo que a pesar de haber sido uno de los primeros profesores anticabreristas, Ricardo R. Guzmán no haya participado activamente en la fundación de la nueva escuela. Con todo, como senador, logró que esta Cámara aceptara como válidos los certificados expedidos por la nueva institución. Cfr. FELD, dc. 63.

²¹ FUN, RR, c. 4, exp. 63, f. 1468. Inf. Lab. Jurisprudencia, marzo 1912 a febrero 1913, en BIP, XXI: *El Imparcial*, 10. junio 1912. *La Prensa*, 10 junio 1912. Fernández del Castillo, pp. 16-18.

²² LCDJ, dcs. 5, 13. Inf. Lab. Jurisprudencia, marzo 1912 a febrero 1913, en

líderes estudiantiles más institucionales y moderados —como Alfonso Reyes, delegado al Consejo Universitario— preferían una solución negociada, la mayoría de los alumnos adoptó una posición radical: rechazaron los nuevos exámenes y amenazaron a las autoridades con declararse en huelga si insistían en imponerlos. Las personalidades de Pino Suárez y Cabrera hacían predecible su ratificación. El conflicto era inevitable, y no debe ser atribuido a la prepotencia de Cabrera; ésta fue, en todo caso, el pretexto inmediato. Significativamente, los exámenes y esa especie de 'servicio social' pronto dejaron de usarse como banderas. La renuncia de Cabrera se convirtió en el principal objeto.²³ Aunque los estudiantes lo negaron, es incuestionable que el movimiento pasó de académico a político, en concordancia con sus motivaciones más profundas.

Cabrera declaró enfáticamente que no renunciaría por una demanda "ridícula" de unos estudiantes "infantiles", y señaló que aquellos que se negaran a presentar los exámenes debían, simplemente, cancelar su inscripción. Pino Suárez, la mayor autoridad educativa del país, apoyó a Cabrera en todas sus recomendaciones disciplinarias: se ordenó que la escuela fuera cerrada hasta nuevo aviso y se amenazó a los estudiantes con reprimirlos. En lugar de acobardarse, los jóvenes adoptaron una conducta más firme y radical; sobre todo, solidaria: cancelaron colectivamente su inscripción de manera "entusiasta", pues lo preferían a permanecer en una escuela dirigida por un hombre como Cabrera, político ambicioso y sin atributos ni experiencia como docente.²⁴

El movimiento tuvo características asombrosas; por ello conserva tantos enigmas: ¿Por qué los alumnos de Jurisprudencia no se opusieron en 1910 a la imposición de exámenes similares, cuando se hizo efectiva la disposición relativa de 1908? ¿Por qué la mayoría estudiantil se opuso a la propuesta de su representante —Alfonso Reyes—,

BIP, XXI: 340. *Nueva Era*, 5, 11, 20, 22, 27 junio 1912. *El Tiempo*, 3 junio 1912. Fernández del Castillo, pp. 18-19.

²³ FELD, dcs. 8, 17. LCDJ, dc. 13. *El Imparcial*, 21 julio; 3 agosto 1912. *Nueva Era*, 27-29 junio 1912. *El Tiempo*, 3, 6 julio 1912. Fernández del Castillo, p. 20. Un estudiante aceptó, muchos años después, que el movimiento tenía más razones personales que académicas o políticas, y aseguró que sus condiscipulos lucharon contra Cabrera porque los llamó ladrones de libros. Véase entrevista a Aarón Sáenz, en Urióstegui Miranda, Pindaro. *Testimonios del proceso revolucionario de México*, México, Editorial Argrin, 1970, p. 358.

²⁴ FELD, dcs. 13, 15, 17-18, 22-28, 36. LCDJ, dcs. 12-14, 17. *El Imparcial*, 3-5 julio 1912. *El Tiempo*, 6 julio 1912. Fernández del Castillo, pp. 21-23.

de utilizar los procedimientos legales y convencionales? ¿por qué no buscaron una solución pacífica, sobre todo si ese tipo de demandas habían sido favorablemente resueltas desde el congreso estudiantil de 1910?²⁵ ¿Acaso no había posibilidad alguna de mediación y entendimiento con el exreyista Cabrera? Aunque es obvio que el conflicto era de naturaleza política, ¿cuáles fueron sus auténticas causas? ¿Lo fue la actitud de Cabrera, fiero enemigo de los 'Científicos' y desleal a los reyes ortodoxos? ¿Lo fue su despótica personalidad? ¿Era Cabrera, en verdad, un jurista mediocre, sin potencialidades académicas?²⁶

Sería erróneo negar al movimiento algunas motivaciones académicas más profundas que la oposición a Cabrera o a los nuevos requisitos escolares. En este sentido, ¿pueden considerarse las renuncias de Vera Estañol y de Ricardo R. Guzmán como respuestas a un bien planeado ataque gubernamental contra la escuela? ¿hasta qué grado y en qué sentido modificaría Cabrera a Jurisprudencia? ¿atentaría contra la libertad de cátedra? Si bien Vera Estañol renunció debido a las intrigas y maniobras de Pino Suárez y Cabrera, producto de sus rivalidades políticas y personales, sería difícil creer que éstos desearan llevar a cabo una guerra contra todos los colegas; de otra parte, es verosímil la idea de que el problema haya sido también instigado por Vera Estañol, difícilmente concebible como una víctima indefensa: ¿acaso su enfrentamiento contra Cabrera no expresaba la lucha por el control de Jurisprudencia? ¿acaso no soñó con alguna forma de continuar su vida académica luego de su salida de la escuela? Si se toma en consideración que a la caída de Díaz y de los 'Científicos' los hermanos Macedo traspasaron el control de la escuela a Julio García, y luego éste a Pedro Lascuráin, la llegada de Cabrera a la dirección debe ser vista como el primer cambio profundo habido en la escuela, como la llegada a ella del régimen revolucionario, como el primer ataque al po-

²⁵ Inf. Lab. Jurisprudencia, marzo 1912 a febrero 1913, en BIP, XXI: 336. *Nueva Era*, 10, mayo; 8 junio 1912. Entrevista a Emilio Portes Gil, en James y Edna Wilkil. *México visto en el siglo XX*, México, Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, 1969, p. 494.

²⁶ Según unos, Cabrera había ingresado a Jurisprudencia, como profesor, una semana después de la llegada de Madero a la presidencia, para sustituir a Miguel Díaz Lombardo, designado Srio. de Instrucción. Véase, *El País*, 12 noviembre 1911. Otra fuente asegura que lo había hecho desde julio, cuando Vázquez Gómez, antiguo compañero político suyo, era el ministro. Véase, *El Imparcial*, 2 julio 1911. En todo caso, cualquiera de estas fechas haría de su nombramiento una designación política.

sitivismo imperante. Por ello, ¿pudo haberse debido el conflicto a la desilusión e insatisfacción de profesores y alumnos, al pánico que les produjo ver que el gobierno optaba por un proyecto inadecuado? De ser esto cierto, ¿cuál era el proyecto de escuela de leyes de la nueva élite revolucionaria? ¿se reducía a buscar desplazar a los 'Científicos' del control de la institución? ¿se buscaban transformaciones más profundas?

Una de las características más importantes del movimiento fue la participación del profesorado. Esto explica, a su vez, su evolución, resultado y secuelas. Como respuesta al cierre de las instalaciones dispuesto por las autoridades, para evitar que fueran usadas por los estudiantes activistas como puntos de reunión, los alumnos pidieron a los profesores que continuaran impartiendo sus clases, como 'cursos libres', en cualquier otro lugar más o menos adecuado, hasta la reapertura del edificio y el arreglo de su situación administrativa. El Casino de Estudiantes les fue ofrecido inmediatamente. Sin embargo, sorprendentemente decidieron crear una escuela completamente nueva.²⁷ El movimiento tomó entonces otro rumbo y mayor dimensión: en lugar de una lucha personalista política o académica contra Cabrera, se tornó en el movimiento gestor de una alternativa al joven sistema de estudios universitarios; de opositorista pasó a creativo; de movimiento estudiantil evolucionó a magisterial. En una palabra, de la lucha contra Cabrera se pasó al esfuerzo por crear una escuela independiente de leyes.

A pesar de las amistosas declaraciones de Madero al conocer los nuevos objetivos, estos no gozaron de la simpatía gubernamental. Una educación superior privada era radicalmente contraria a lo ideado por Sierra en 1910. Así, la más porfirista de las escuelas universitarias era la primera en rechazar el modelo porfirista de universidad; la escuela con los mayores vínculos con el gobierno era la primera en intentar un rompimiento mayúsculo. Por esto, surgen varias preguntas obligadas: ¿Hubieran tomado tal actitud de haber permanecido Díaz en el poder? ¿Por qué no se opusieron a las intromisiones políticas anteriores? ¿Se oponían al nuevo gobierno sólo por ser revolucionario? ¿Se oponían a él por su nueva política universitaria? ¿Hubieran creado otra escuela de haber continuado el *statu quo* en Jurisprudencia?

²⁷ FELD, dcs. 19, 29-30. LCDJ, dc. 17. *El Imparcial*, 4 julio 1911. Fernández del Castillo, pp. 22-24.

III. LOS PROTAGONISTAS

La nueva naturaleza del movimiento obligó a Cabrera a cambiar de actitud: dado que la mayoría de los estudiantes estaba involucrada en la creación de una nueva escuela, y dado que obtuvo inmediatamente el apoyo del profesorado, tenía que actuar adecuadamente para evitar la desintegración total de Jurisprudencia. Por el cierre del edificio y la mutua negativa de los huelguistas y Cabrera a cualquier tipo de negociaciones, éste se encontró paralizado por varios días.²⁸ Al contrario, los separatistas estaban muy activos y diligentes, destacando Ezequiel Padilla, jefe de la lucha contra Cabrera y responsable de obtener el apoyo de las otras escuelas a su movimiento; Manuel Herrera y Lasso, duro crítico de la personalidad y actitud de Cabrera, y propagandista y apologista del proyecto privatizante de la educación superior; los hermanos Mac Gregor, el "incansable" Luis y Vicente, acusado de haber sido el más violento; Carlos Díaz Dufoo, hijo de un colaborador cercano de Limantour; Castillo Nájera, hermano menor de Francisco, quien había sido uno de los principales líderes estudiantiles en 1910. Otros alumnos que destacaron por su participación fueron José Ma. Gurriá Urgell, representante de Jurisprudencia ante el Consejo Universitario, Enrique Domínguez, Enrique Jiménez, Romeo Ortega, Rafael Valderrama y Gilberto Valenzuela.²⁹ Su compromiso era enorme: tenían que obtener recursos económicos, apoyo de políticos, simpatía de la prensa, un local adecuado donde instalar la nueva escuela y, sobre todo, el mejor profesorado disponible. Es indudable que tanto los motivos como las capacidades de algunos de estos se explican por sus antecedentes políticos: Padilla era colaborador del Lic. Ignacio Bravo Betancourt, profesor en la escuela y aspirante antimaderista a la gubernatura de Michoacán; Herrera y Lasso era miembro activo del Partido Católico Nacional, y Rogerio Meraz era más periodista que estudiante.³⁰

Si los alumnos actuaron infatigablemente, sus profesores y numerosos abogados destacados de la ciudad lo hicieron de manera similar. Luis Méndez, director de la Academia de Legislación y Jurispruden-

²⁸ Luis Cabrera, *Dir. Jurispr.*, a José Ma. Pino Suárez, Srío. *Instruc.*, 12 julio 1912, en FIP y BA, c. 307, exp. 19, f. 1.

²⁹ Una lista de los estudiantes más activos, en FELD, dcs. 14., 120-121.

³⁰ FELD, dc. 38. LCDJ, dcs. 26-27. *El Imparcial*, 2, 4-5, 25, 25 julio; 10 agosto 1912. *Nueva era*, 28-29 junio 1912. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, pp. 19-27. Véase el artículo de Jaime DEL ARENAL, citado en la nota 4, pp. 77-78, 90-92.

cia, "espontáneamente" donó quinientos pesos, los hermanos Pablo y Miguel Macedo, Joaquín Casasús y José Ives Limantour prometieron donativos; un 'mecenas' anónimo —supuestamente Olegario Molina— contribuyó con doscientos cincuenta pesos mensuales hasta 1914. Los benefactores no fueron únicamente 'Científicos': Serapio Rendón, diputado maderista contrario a la Universidad Nacional, también apoyó económicamente el surgimiento de la nueva escuela; Jesús Raz Guzmán, un reyista, pagó al principio la renta del local.³¹

El apoyo académico provino de profesores en activo o retirados, ya de la propia Jurisprudencia, de otras escuelas universitarias o de la Academia de Legislación y Jurisprudencia; también se involucraron destacados profesionistas independientes. De los diecisiete que aceptaron ser profesores,³² sólo cuatro, además de Vera Estañol, estaban enseñando en Jurisprudencia: Antonio Caso, Agustín Garza Galindo, Eduardo Pallares y Demetrio Sodi. Entre los alejados por cierto tiempo de Jurisprudencia estaban Miguel S. Macedo y Emilio Rabasa; entre los profesores en funciones en otras escuelas estaba Carlos Díaz Dufoo, de la de Comercio; por su parte, León de la Barra había enseñado en la Preparatoria. A pesar de que algunos de ellos no tenían suficiente experiencia docente, como José Ma. Lozano, con sólo una breve y desafortunada estancia en la Preparatoria, o como José Natividad Macías,³³ es indudable que el cuerpo docente, en conjunto, era excelente: incluía gente como León de la Barra, experto internacionalista; Rabasa, agudo constitucionalista; Díaz Dufoo, muy capaz en materia económica, y Vera Estañol, magnífico profesor de Derecho Comercial. Puede decirse que destacaban, incluso entre tantos notables, Demetrio Sodi, jurista auténticamente sabio, y Agustín Rodrí-

³¹ *El Imparcial*, 17 julio; 8 agosto 1912. Fernández del Castillo, p. 30. Un joven de nombre Emilio Raz Guzmán, con seguridad familiar de Jesús, participó activamente en el movimiento.

³² En orden alfabético, fueron Pedro Z. Azcué, Ignacio Bravo Betancourt, Francisco de P. Cardona, Antonio Caso, Carlos Díaz Dufoo, Manuel Escalante, Agustín Garza Galindo, Francisco León de la Barra, José Ma. Lozano, Miguel S. Macedo, José Natividad Macías, Eduardo Pallares, Emilio Rabasa, Agustín Rodríguez, Demetrio Sodi y Jorge Vera Estañol. Algunas 'fuentes' también incluyen a Luciano Wiechers, de Jurisprudencia, y a Manuel de la Hoz y Abraham A. López. Cfr. *El Imparcial*, 25 julio; 8 septiembre 1912. Fernández del Castillo, p. 31.

³³ FUN, RR, c. 4, exp. 63, f. 1468; c. 5 exp. 70, f. 2008. *El Imparcial*, 16-17, 19, 22-23 julio; 8 agosto 1912. Fernández del Castillo, pp. 16, 24-25, 31. La salida de Lozano de la Preparatoria, en *Nueva Era*, 11 mayo 1912.

guez, prestigiadísimo abogado católico.³⁴ Como si todos estos no fueran suficientes para garantizar el éxito de la nueva escuela, se pretendió obtener la colaboración de otros dos apreciados abogados, Victoriano Pimentel y Francisco Carbajal, profesores de Jurisprudencia ambos, aunque sólo el primero en activo. Carbajal no aceptó pues era Presidente de la Suprema Corte de Justicia; Pimentel alegó que sería injusto abandonar Jurisprudencia, aunque es probable que previera la pronta renuncia de Cabrera, con lo que él podría ascender a la dirección, puesto para el que ya había sido propuesto cuando la renuncia de Pedro Lascuráin.³⁵ La actitud de Pimentel confirma la compleja naturaleza política del conflicto en Jurisprudencia. Si en cuanto estudiantes fue una mera escisión de Jurisprudencia, en el aspecto docente fue, para unos, una lucha revanchista, y para otros, una aventura inédita.

Si se considera que sólo un tercio de los abogados que enseñarían al inicio de la Libre de Derecho eran profesores en activo, resultará incuestionable que el conflicto trascendió la esfera académica. Gente como León de la Barra, Rabasa y Vera Estañol ya eran básicamente políticos. Lozano siempre lo había sido. Es indiscutible que a pesar de su calidad académica y de su capacidad docente, los más importantes profesores de la Libre de Derecho, aquellos que escribieron sus estatutos y reglamento, tenían, sobre todo, intereses políticos. Lo mismo puede decirse de Macedo. Acaso la principal excepción sea Sodi, quien aunque hubiera sido Secretario de Gobernación en el último gabinete de Porfirio Díaz, su participación en política había sido menor. Por lo tanto, sería igualmente erróneo considerar la fundación de la Escuela Libre de Derecho como una mera oposición a Cabrera o a Pino Suárez, o como un triunfal regreso del grupo que controlaba Jurisprudencia hasta 1910.³⁶ Tampoco fue un proceso simplemente educativo. Es obvio que tenía varias y complejas razones y objetivos, y que en su creación participaron elementos muy heterogéneos. En términos políticos e ideológicos había 'Científicos' y reyistas, católi-

³⁴ Datos sobre el primero en María Elena SODI DE PALLARES. *Demetrio Sodi y su tiempo*, México, 1947.

³⁵ *El Imparcial*, 11 abril 1912.

³⁶ Además de Miguel Macedo, hermano del último director porfiriano de Jurisprudencia, y de varios influyentes profesores de ésta, en la creación de La Libre de Derecho participó, con su viejo puesto, el que fuera Secretario de aquella, don Miguel Alamán. Véase, FELD, dcs. 48, 50.

cos, liberales y positivistas, e incluso algunos abogados independientes en credo y filiación.

Acaso el grupo más influyente fuera el católico. El Rector Honorario y el primer vocal de la junta directiva, Luis Méndez y Agustín Rodríguez, respectivamente, eran católicos ortodoxos. León de la Barra también estaba ligado a este grupo.³⁷ Numerosos alumnos eran también fervorosos creyentes, como Manuel Herrera y Lasso. La recuperación de la influencia de los católicos en el sistema educativo pudo darse gracias al declive del Positivismo y de los 'Científicos', a la pérdida de reputación del reyismo —atribuible a las desacertadas acciones de Francisco Vázquez Gómez y Cabrera— y a la libertad habida con Madero. Dicha recuperación fue también palpable en la Universidad Nacional, pues el Rector Joaquín Eguía Lis y el Secretario, Francisco Pascual García, eran católicos. Acaso esto explique la sorprendente actitud de Eguía Lis durante el conflicto: su pasividad pareció simpatía y complicidad; acaso le importaban más su credo religioso o su amor por la profesión —también él era un gran jurista— que su responsabilidad institucional. Sin embargo, ni Pino Suárez ni Cabrera eran católicos, como tampoco lo eran Lozano, Macedo, Rabasa o Vera Estañol. Su recuperación, a nivel nacional, no debe ser exagerada, como tampoco su influencia en la Libre de Derecho.³⁸

Con el surgimiento de la Libre de Derecho también recuperaron notoriedad e influencia los 'Científicos', a través de gente como Emilio Rabasa y Miguel Macedo, principalmente. El caso de los reyistas fue más complejo: si el cuerpo docente de la Libre de Derecho buscaba incluir a los mejores profesores disponibles, y si Rodolfo Reyes era considerado uno de ellos, ¿Por qué no fue invitado a colaborar? ¿Predominó el odio político sobre el valor académico entre los fundadores de la Libre de Derecho? ¿Le temían por su cercanía a Cabrera, antes compañeros, camaradas y socios de bufete? ¿Sabían que Rodolfo Reyes había aconsejado a Cabrera respecto a los cambios a introducir

³⁷ Siendo presidente del país, en 1911, León de la Barra nombró a Agustín Rodríguez como miembro del consejo directivo del Colegio de la Paz. Véase, FIP y Ba, c. 278, exp. 1(9) ff. 1-4.

³⁸ Siguiendo a Manuel Herrera y Lasso, Jaime del Arenal sostiene que en la fundación de la nueva institución no fueron determinantes los principios y criterios católicos. Cfr. *La Nación*, 16 julio 1912. Del Arenal, Jaime. "Religión y Política en los orígenes de la Escuela Libre de Derecho", en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, 2 vols., México, UNAM, 1988; I: 39-45.

en Jurisprudencia?³⁹ ¿Cuál fue la actitud del reyismo ante Cabrera y el destino de Jurisprudencia? ¿Cuál fue su postura frente a la nueva institución? Alfonso Reyes fue desplazado como líder estudiantil durante el conflicto, y luego fue de los que permanecieron en Jurisprudencia.⁴⁰ Rodolfo aunque primero aconsejó a Cabrera que impusiera mayor disciplina en la escuela, luego aplaudió la creación de la nueva escuela y recomendó a Cabrera una actitud más conciliadora, con el obvio propósito de capitalizar políticamente el conflicto. Otro profesor reyista, Antonio Ramos Pedrueza, también criticó a Cabrera y luego recomendó solucionar el conflicto mediante la negociación.⁴¹ Es comprensible que el reyismo no haya querido asumir como propio el error político de Cabrera; sin embargo, ni aún así podía adquirir gran influencia en la Libre de Derecho, dominada por católicos, 'Científicos' y hasta 'evolucionistas' como Vera Estañol. Por lo tanto, pretendió mantener una postura independiente y conciliatoria, actitud que podría darle el control de lo que quedara de Jurisprudencia. Incluso se llegó a rumorar, sin fundamento alguno, por su abierto antimaderismo, que Rodolfo Reyes podría suceder a Cabrera.⁴² A pesar de que éste permaneció en la dirección de la escuela casi toda la presidencia de Madero,⁴³ su pérdida de prestigio, la salida de varios de los mejores profesores y la habilidad política y la lealtad institucional de Rodolfo Reyes hicieron de éste el hombre más influyente en Jurisprudencia durante la segunda mitad de 1912.

³⁹ Rodolfo Reyes se encontraba en prisión, acusado de conspirar contra Madero. Desde allí recomendó a Cabrera que aumentara la disciplina en la escuela. Tan pronto quedó libre, a mediados de julio, Rodolfo Reyes volvió a sus ocupaciones docentes en Jurisprudencia. Cfr. *La Nación*, 14 julio 1912.

⁴⁰ Terminó los cursos en 1912 y se graduó a mediados de 1913. Véase Reyes, Alfonso, *Diario 1911-1930*, Guanajuato, Univ. de Guanajuato, 1969, p. 8.

⁴¹ LCDJ, dcs. 30-32. *El Imparcial*, 20 julio; 8 agosto 1912. Las restricciones al préstamo bibliotecario provocaron la ira del profesor Antonio Ramos Pedrueza, prueba irrefutable de que Cabrera perdió desde un principio el apoyo del estudiantado y del profesorado. Cfr. *La Prensa*, 10 junio 1912.

⁴² *El Imparcial*, 23 septiembre 1912.

⁴³ Cabrera dejó el puesto el último día de enero de 1913, dos semanas antes del derrocamiento de Madero. Véase, FIP y Ba, c. 284, exp. 15 (366) ff. 3-5. Es obvio que su renuncia buscaba la recuperación de Jurisprudencia; sin embargo, su salida del país permite suponer que Cabrera había sido advertido por su amigo Rodolfo Reyes del inminente cuartelazo contra Madero.

IV. SORPRENDENTE RESULTADO Y ORÍGENES IMPRECISOS

Las propuestas conciliatorias de Reyes y otros profesores tuvieron cierto impacto. Sin embargo, fue el sorprendente resultado del conflicto el que obligó al gobierno a modificar su postura. La Escuela de Jurisprudencia estaba virtualmente aniquilada cuando fue reabierta a mediados de julio: sólo veinte de casi doscientos cuarenta alumnos habían vuelto normalmente a sus clases, mientras que la Libre de Derecho tuvo casi ciento ochenta el día de la inauguración, quedando veinte en posición indefinida. Para principios de septiembre las cifras permanecían casi idénticas: los alumnos de la Libre habían ascendido a más de ciento noventa, y cerca de treinta habían decidido permanecer en Jurisprudencia. La renuncia de Cabrera, a principios de 1913, hizo que finalmente, las filiaciones se dividieran equitativamente, y la Libre se llevó algo más de la mitad de los alumnos. Sin embargo, la pérdida era peor que lo que las cifras indicaban, pues hasta el Rector aceptó que se habían escindido los mejores estudiantes.⁴⁴ Las pérdidas docentes fueron igualmente costosas: Pallares y Sodi abandonaron Jurisprudencia para siempre, lo mismo que Macedo y Vera Estañol; otros, como Caso y Garza Galindo, enseñarían en ambas instituciones. Cabrera se había visto obligado a aceptar profesores duales, como tuvo que tolerar a numerosos jóvenes formalmente inscritos en Jurisprudencia pero cuyo único objetivo era obtener su diploma sin trabas, aunque en realidad asistían regularmente a la Libre, por su mejor profesorado y su más fresco ambiente.⁴⁵

Cabrera fue, indudablemente, el gran perdedor. Concediendo —sin aceptar— que sus objetivos como director fueran académicos, sus torpes procedimientos causaron serios daños a Jurisprudencia. Si sus objetivos eran políticos, como aseguraron los estudiantes opositores, su fracaso como funcionario educativo impidió que llegara al gabinete de Madero.⁴⁶ Ciertamente es que poco después del conflicto fue electo diputado a la XXVI Legislatura, a pesar de la ruidosa oposición estudiantil. Ciertamente es, también, que permaneció hasta a principios de 1913 al frente de Jurisprudencia, a pesar de las constantes solicitudes de

⁴⁴ LCDJ, dc. 40. Inf. Lab. Rector, septiembre 1910 a sept. 1912, en BIP, XXI: 307-308. *El Imparcial*, 16, 23-24, 27 julio; 10 agosto; 8 septiembre 1912.

⁴⁵ *Ibid.*, 23 julio, 8, 10, 15, 29, agosto; 10 septiembre 1912.

⁴⁶ LCDJ, dc. 5. *El Imparcial*, 23-24 noviembre 1912. *El País*, 7-8 julio 1912. *El Tiempo*, 6 julio 1912. Fernández del Castillo, p. 27.

que fuera removido.⁴⁷ Sin embargo, la fama de arrogante e impulsivo lo acompañaría toda su vida; de otra parte, jamás volvió a trabajar en el ámbito educativo.

El triunfo de los anticabreristas fue total. El éxito de la Escuela Libre de Derecho fue tan rápido y notable, que provocó dudas sobre sus verdaderos motivos y sospechas: el 26 de junio los alumnos decidieron oponerse a los exámenes; al día siguiente declararon la huelga; dos días después comenzaron a pedir la renuncia de Cabrera y a pensar en la posibilidad de organizar 'cursos libres' mientras durara el conflicto. La idea de crear una nueva escuela fue expuesta a partir del 3 de julio. Asombrosamente, la nueva institución fue inaugurada sólo tres semanas después, en un edificio con instalaciones adecuadas, un muy capaz y completo profesorado, y con más y mejores alumnos que Jurisprudencia.⁴⁸ ¿Cómo pudo lograrse esto? ¿Cómo explicar tanta rapidez y eficiencia? Aunque los involucrados en el proyecto actuaron con gran motivación, es obvio que ello no era suficiente. Ciertamente es que varios poderosos abogados —en términos políticos, económicos, sociales e intelectuales— apoyaron totalmente el proyecto. Sin embargo, siendo estos mayoritariamente pausados e institucionales, partidarios de la política palaciega y contrarios a la de las barricadas, la creencia en un proyecto premeditado resulta verosímil. Recuérdese que su enfrentamiento a Cabrera data de su llegada a Jurisprudencia, un par de meses antes de la huelga estudiantil. Acaso desde entonces algunos, como Vera Estañol, soñaron y planearon la creación de una escuela propia, para lo cual era imprescindible provocar un conflicto en Jurisprudencia, contra Cabrera.

Otra interpretación posible es que esos abogados aprovecharon, sin provocarlo, un típico movimiento estudiantil —recuérdese que la causa inmediata eran unos exámenes— en beneficio propio. Tan pronto aceptaron ayudarlos, Demetrio Sodi y Agustín Rodríguez atinadamente recomendaron a los líderes estudiantiles que imprimieran nuevas banderas a su lucha. Su propósito era legitimar a la Libre de Derecho mediante orígenes más respetables: en lugar de una huelga contra nuevos exámenes o una lucha contra un funcionario, por nefasto que fuera para la educación, el énfasis debía ser puesto en la necesidad

⁴⁷ FIP y BA, c. 284, exp. 15(366) ff. 3-5. *El Imparcial*, 6, 15 agosto; 23 septiembre; 15 octubre 1912; 30 enero 1913.

⁴⁸ *Ibid.*, 2-4, 24-25 julio 1912. *Nueva Era*, 27 junio 1912.

de una educación superior independiente.⁴⁹ Prevista u oportunista, la participación de tantos abogados notables cambió la naturaleza del movimiento estudiantil, y ganó para él el apoyo de la opinión pública.⁵⁰ La lucha contra Cabrera fue básicamente de estudiantes, mientras que en la creación de la Escuela Libre de Derecho, participaron, con éstos, profesores, políticos y abogados independientes.

Manuel Herrera y Lasso, uno de los principales líderes estudiantiles, aseguró primero que el único objetivo de la lucha era la renuncia de Cabrera; sin embargo, un mes después, en su discurso el día de la inauguración aseguró que el verdadero objetivo era conquistar la libertad educativa. ¿Era Herrera y Lasso un oportunista? ¿Era un visionario? Además de que durante toda su vida posterior demostró ser un hombre de principios políticos independientes.⁵¹ Otros elementos permiten afirmar que la búsqueda de la libertad educativa no fue un mero argumento demagógico, ni una simple estratagema política. Aunque permaneciera impartiendo cursos en otras escuelas universitarias —estatales, por ende—, Antonio Caso, por ejemplo, se opuso decidida y sinceramente al exagerado intervencionismo estatal en materia educativa: en un lapso de año y medio se opuso a Vázquez Gómez, Pino Suárez y Cabrera, aceptando colaborar con la Libre de Derecho y, poco después, con la Universidad Popular. Aunque prefería la libertad académica total, la orientación y procedimientos del intervencionismo de Justo Sierra y Ezequiel Chávez le habían parecido soportables, acaso hasta benéficos, no así los de Vázquez Gómez, Pino Suárez y Cabrera.⁵² Obviamente, los católicos también eran contrarios a que el gobierno controlara la educación, pues ello los había marginado del proceso educativo desde el último tercio del siglo XIX. Sin embargo, ellos habían aplaudido durante los siglos coloniales el dominio estatal, de la educación, cuando el gobierno simplemente le endosó tal responsabilidad.

⁴⁹ *El Imparcial*, 5, 16, 22, 25 julio; 3, 20 agosto; 8 septiembre 1912. León de la Barra dijo haber aceptado formar parte del profesorado porque la creación de la nueva escuela era absolutamente ajena a la política.

⁵⁰ *El Ahuizote*, 27 julio 1912. *El Imparcial*, 4 julio; 3, 10, 20 agosto; 21 septiembre 1912.

⁵¹ El brevísimo discurso de Herrera y Lasso, en *El Diario*, 25 julio 1912. Ilustrativa y significativamente, en él asegura que la fundación de la Libre de Derecho era más obra de los profesores que de los alumnos.

⁵² Los antecedentes porfiristas de Caso no permiten afirmar que fuera contrario en todo al gobierno maderista, puesto que era asesor legal de la Dirección de Correos. Cfr. *El Imparcial*, 21 marzo 1912.

Con todo, los afanes libertarios no deben ser exagerados. ¿Fue común a todos los involucrados ese sincero afán por la libertad educativa? ¿Luchaban contra el intervencionismo estatal en la educación, o contra su concreta personificación en Cabrera? Es evidente que la mayoría se opuso al intervencionismo en la educación sólo cuando afectó sus intereses. Por ejemplo, León de la Barra era el presidente del país cuando las drásticas intromisiones de su ministro Vázquez Gómez; José Ma. Lozano fue, aunque brevemente, ministro de instrucción de Victoriano Huerta;⁵³ Miguel Macedo se benefició ampliamente de la estrecha relación habida entre los 'Científicos' y Jurisprudencia durante el Porfiriato; José Natividad Macías luego sería la mayor autoridad universitaria con Carranza, y Vera Estañol fue ministro de Instrucción en dos ocasiones, con Díaz y con Huerta.

Si todos estos, junto con el resto de los profesores y la totalidad de los alumnos que fundaron la Libre de Derecho, hubieran sido enemigos auténticos del intervencionismo estatal en la educación superior. ¿Por qué no se opusieron al proyecto universitario de Díaz y Sierra? ¿Por qué no habían luchado desde entonces por la autonomía universitaria? ¿Por qué no se opusieron después a la militarización y al cambio de filosofía educativa que Huerta impuso en la Universidad Nacional y en la Preparatoria? Es innegable que de haber permanecido Miguel Díaz Lombardo, su colega, al frente de la Secretaría de Instrucción Pública, y de haber sido nombrado un director más afín y amable con la comunidad para sustituir a Lascuráin, difícilmente hubiera habido conflicto. Por sus causas y objetivos, éste fue político: los 'Científicos' afincados en Jurisprudencia buscaban defender su última trinchera y, al mismo tiempo, provocar un nuevo problema a la administración maderista, para lo cual tuvieron que establecer alianzas con otros grupos interesados. De haber sido los fundadores de la Libre de Derecho auténticos luchadores por la libertad educativa, ¿cómo explicar que varios profesores hayan seguido impartiendo cursos en Jurisprudencia, todavía dirigida por Cabrera?⁵⁴

Sería igualmente difícil de creer que la única escuela universitaria con amantes de la libertad fuera Jurisprudencia. Madero y Pino Suárez impusieron nuevo director en casi todas ellas, sin consecuencias

⁵³ Lozano fue ministro de Instrucción con Huerta de mediados de agosto a mediados de septiembre de 1913.

⁵⁴ Los mejores ejemplos de profesores en ambas instituciones son Antonio Caso y Agustín Garza Galindo.

serias. Por ejemplo, pusieron a Valentín Gama y a Rafael Caraza en la Preparatoria y Medicina, respectivamente. Aunque esta última era la escuela con la mayor tradición reciente de oposicionismo, y aunque ninguno de los dos fue bien recibido por los estudiantes y el profesorado, no estallaron problemas serios ni, por lo tanto, se crearon 'escuelas libres'. Si bien Gama y Caraza no eran 'fuereños' ni odiados como Cabrera, lo cierto es que en Jurisprudencia, a diferencia de en Medicina, buena parte del profesorado tenía reclamos concretos contra el nuevo gobierno. Astutos políticos todos, los creadores de la Libre de Derecho se cuidaron de no presentar su caso como uno de hostilidad u oposición a Madero.⁵⁵ Demetrio Sodí alegó que todo se estaba haciendo de acuerdo a la Constitución, la que no exigía el monopolio de la educación por el gobierno. Más que una alternativa a la educación pública, la Libre de Derecho fue presentada como una colaboración con un gobierno con dificultades financieras y organizativas, y como un proyecto novedoso pero afín al período de transición y democracia que se vivía.⁵⁶

Esta estrategia resultó exitosa, en tanto que la actitud del gobierno hacia la Libre de Derecho fue contradictoria: Madero, hombre conciliador, le mostró ciertas simpatías; Pino Suárez, obtuso o empecinado, mantuvo su rígido rechazo; Vasconcelos enfrentado a los jóvenes por otros problemas tampoco fue su partidario.⁵⁷ Eguía Lis, aunque lamentó sus orígenes, explícitamente alabó la nueva escuela, como antiguo maestro de casi todos los profesores involucrados, hasta parecía que en última instancia prefería la escisión de Jurisprudencia a verla dirigida por Cabrera.⁵⁸ De cualquier modo, el gobierno de Madero nunca dio la sanción oficial a los diplomas emitidos por la Libre, a pesar de cierta presión de la opinión pública para que lo hiciera. Mientras que los senadores acordaron aceptar oficialmente dichos diplomas, los diputados se opusieron —como era previsible—, a pesar de que los más hábiles entre ellos hicieron suya la causa de la Libre.⁵⁹ Con se-

⁵⁵ Aunque pudiera haber sido por estrategia política, los estudiantes anticabreristas dijeron simpatizar con el presidente Madero. Cfr. *El Tiempo*, 6 julio 1912.

⁵⁶ *El Imparcial*, 22 julio; 20 agosto; 8, 21 septiembre 1912.

⁵⁷ Informe Presidencial Madero, septiembre 1912, en *Los Presidentes de México ante la nación*, 5 vols., México, 46a. Legislatura de la Cámara de Diputados, 1966, III; 30. Para un detallado análisis de la actitud de Vasconcelos, véase el artículo de Jaime del Arenal citado en la nota 4.

⁵⁸ Inf. Lab. Rector, septiembre 1910 a sept. 1912, en BIP, XXI; 308.

⁵⁹ *El Imparcial*, 16, 22, 25 julio; 3, 10, 20 agosto; 8 septiembre, 12 octubre 1912. Para León de la Barra y Macedo, el reconocimiento de los diplomas era clave para

gritud resultó determinante que fuera Cabrera un diputado muy influyente, y que José Inés Novelo, antes Secretario Particular de Pino Suárez, encabezara la Primera Comisión de Instrucción Pública.⁶⁰

Sería simplista afirmar que, salvo la buena voluntad de Madero y Eguía Lis, la Libre sufriera el rechazo del gobierno en pleno. Por ejemplo, Pedro Lascuráin y Julio García —antiguo profesor y director de Jurisprudencia, y quien también fue causa de conflictos entre Cabrera y los estudiantes—⁶¹ Secretario y Subsecretario de Relaciones Exteriores, eran amigos, colegas y compañeros ideológicos de la mayoría del profesorado. Es más, un par de meses después del conflicto todos ellos formaron, con apoyo oficial, la Sociedad de Derecho Internacional.⁶² Además, El Nacional Colegio de Abogados, que incluía a juristas como Luis Méndez y los hermanos Macedo y que era mantenido por el gobierno, se convirtió en el principal apoyo económico de la nueva institución.⁶³ Posteriormente, la llegada de Huerta al poder cambiaría sustancialmente la situación de la escuela. Por un tiempo su comunidad gozó de una buena relación con el gobierno, sin embargo, el triunfo de la Revolución Mexicana orillaría a la Escuela Libre de Derecho a retomar su naturaleza original. Desde entonces sus características principales han permanecido inalterables. Para fortuna de todos, propios y extraños a su comunidad, la calidad académica se ha mantenido durante sus primeros ochenta años. Aunque su

el éxito de la institución; para otros, como Vera Estañol, sólo significaba una forma de dependencia innecesaria del gobierno.

⁶⁰ J. I. Novelo a J. M. Pino Suárez, 7 noviembre, 12, en FIP y Ba, c. 279, f. 2(80), f. 10. *El Imparcial*, 10 agosto; 18 septiembre; 8, 30 noviembre; 29 diciembre 1912. Félix Palavicini también era miembro de la comisión, pero se negó a firmar la negativa resolución.

⁶¹ A mediados de junio una nutrida comitiva de alumnos conferenció con Cabrera para hacerle saber su inconformidad por la mala calidad del curso de Derecho Civil que impartía el prof. Rodríguez Gil, y para proponerle que lo sustituyera don Julio García, de quien seguramente tenían su anuencia. Cabrera aceptó la protesta, pero se negó a restituir a García, destacado profesor y muy cercano a los Macedo, lo que constituye un ejemplo más de conflicto entre revolucionarios y 'científicos' por el control de Jurisprudencia. Cfr. FELD, dc. 12.

⁶² Además de Lascuráin y García, entre sus miembros estaban León de la Barra, Joaquín Casasús, Manuel Escalante, Roberto Esteva Ruiz, José Romero, Emilio Rabasa, Francisco Carbajal y Agustín Rodríguez, varios de los cuales eran miembros destacados de la nueva escuela. Cfr. *El Imparcial*, 10, 28 septiembre 1912.

⁶³ 'Relación puntos principales', febrero 1912, en FIP y Ba, 284, f. 14, f. 13. FUN, RR, c. 4, f. 61, f. 1307. *El Imparcial*, 8, 21, 27 septiembre 1912.

NATURALEZA Y CARÁCTER DEL PROCESO CIVIL: LA EXPERIENCIA INGLESA

J. A. JOLOWICZ

Traducción de Clemente VALDÉS S.

SUMARIO: *Introducción. I. La naturaleza fragmentaria del derecho y su administración. II. Las reformas de 1876. III. Las consecuencias del empleo del jurado.*

INTRODUCCIÓN

El título de mi ensayo es grandilocuente. Me temo que su contenido no lo sea. Mi propósito es examinar algunas de las principales características de un sistema de litigio civil, con la intención de clarificar algunos de los objetivos que satisface, o que busca satisfacer, dentro de la sociedad de la que forma parte. Me referiré naturalmente al sistema inglés, que es el sistema con el que estoy más familiarizado.

Antes de entrar en esto, sin embargo, tengo que explicar de una manera un poco más completa la intención que tengo en mente y el porqué yo creo que es importante.

Quiero aclarar, primero, que no me refiero a los objetivos que puede tener en mente un abogado cuando maneja un asunto en beneficio de su cliente. Podemos naturalmente tomar como un hecho que su objetivo es obtener el máximo beneficio para éste, en lo que legalmente sea posible; mi preocupación no está en eso, sino en lo que se dice que son los objetivos del sistema procesal civil como un todo.

Podemos empezar con la aseveración de que el objetivo o la finalidad original de eso que ahora llamamos proceso civil, era evitar, tanto como fuera posible, la autodefensa y la violencia que ésta genera casi necesariamente. Esto, si bien no es una verdad histórica, al menos es una leyenda generalmente aceptada y la falta de distinción en sus orígenes entre lo civil y lo penal, es algo que apoya la leyenda. De

hecho, tenemos un ejemplo de un fenómeno que todavía se encuentra en el derecho moderno: la sociedad usa el interés particular del individuo para ponerlo al servicio de los propósitos más amplios de ella misma.¹ Así, cuando la sociedad no tiene el poder de hacer valer sus leyes por sí misma, al otorgar lo que llamamos reparación civil por un acto ilícito, hace algo que ayuda a que el ofensor comparezca ante los órganos encargados de administrar la justicia. Sobre esta base, el proceso civil coincide bastante bien con la famosa descripción que hacía Eduardo Couture de la acción civil, en la frase que dice "la acción en justicia es, en cierto modo, el sustituto civilizado de la venganza".²

La primera vez que leí esta frase me quedé impresionado no sólo por su elegancia, sino también por lo que me pareció que era su evidente sentido común. A través del tiempo, sin embargo, he llegado a creer, y creo firmemente, que su mayor mérito está más en el hecho de que sintetiza una verdad histórica que en aquello que nos puede decir sobre los sistemas procesales modernos. Sin duda es muy importante, como siempre lo ha sido, que la sociedad proporcione medios e instituciones para arreglar los conflictos entre los individuos pacíficamente, pero ¿puede realmente sostenerse en los últimos años del siglo 20 que las elaboradas y costosas instituciones de su sistema legal desarrollado, esto es: los tribunales, los jueces, los abogados, los complicados códigos de procedimientos civiles y todas esas cosas, existen únicamente para ofrecer una alternativa a la autodefensa violenta? Usando la idea más amplia de lo que llamamos justicia, podemos decir que aunque dos personas pueden sustentar diferentes opiniones sobre la forma de aplicar la justicia abstracta a una situación concreta, nadie puede negar que es un objetivo del proceso civil proporcionar una resolución que sea justa o, al menos, que sea acorde con el ideal de los abogados de hacer "justicia de acuerdo con la ley".

Si esto es cierto, surge un gran número de preguntas. Estas preguntas pueden ser temas para un filósofo o para un sociólogo. Yo prefiero ponerlas a un nivel más sencillo y reducirlas a una sola, que es la pregunta que el juez o el abogado se plantearía a sí mismo cuando no está viendo sólo el caso que tiene ante sus ojos: ¿Qué es lo que yo, y el sistema profesional del que formo parte, tratamos de

¹ Por ejemplo, CALAMANDREI. "La Cassazione Civile", II, cap. 6, no. 64 in Pier. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche* (ed. Cappelletti), Napoli, 1970, VII, p. 133.

² *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, B. Aires 1958, p. 69; en inglés, *The Nature of Judicial Process* 25 *Tulane Law Review* 1, 7 (1950).

lograr? Para que este enfoque tenga éxito debemos suponer naturalmente que nuestro abogado o juez imaginario tiene un nivel de educación adecuado, que tiene también algún conocimiento de la historia del sistema jurídico de su país y, tal vez, de la historia del derecho en general; además de que, por lo menos, debe estar consciente de algunos de los grandes mandatos que surgieron de las luchas ideológicas en el pasado y que frecuentemente, pero no siempre, se manifestaron por escrito en documentos constitucionales. También podemos suponer que nuestro abogado o juez imaginario está familiarizado con los detalles del sistema procesal que maneja en su vida diaria.

Mi intención es hacer de nuestro abogado imaginario la personificación de la profesión jurídica de su país, porque debemos tener presente que el funcionamiento real de un sistema procesal depende tanto del conocimiento que del mismo tienen los jueces y los abogados y de sus concepciones y prejuicios, como de las fuentes formales, los textos y las resoluciones precedentes sobre derecho procesal. Todos sabemos que algunos cambios de forma en las leyes procesales no tienen efectos prácticos porque los miembros de nuestra profesión no pueden, al menos durante cierto tiempo, incorporarlos a lo que yo llamaría "la mentalidad colectiva de la profesión"; también sabemos que algunos cambios formales en la ley producen efectos no contemplados, ni intentados por el legislador.

Esto me lleva al segundo punto preliminar, la razón por la que este tipo de investigación es importante: es muy claro que estamos viviendo en un período de reformas procedimentales casi continuas y es esencial, si las intenciones de los reformadores se van a aplicar, que éstos tengan un conocimiento adecuado no sólo de las reglas formales que se proponen cambiar, sino también del funcionamiento del sistema en el que las reformas se van a incorporar; porque si los reformadores no tienen este conocimiento, fracasarán en sus objetivos.

Aún más importante que esto es el hecho de que los reformadores deben entender los propósitos —la ideología, si ustedes quieren— del sistema procesal con el que trabajan. Si no entienden esto, hay el riesgo de que los cambios que se hacen con un propósito específico tengan consecuencias de alcances mucho mayores o de alcances impredecibles para el sistema. Estas consecuencias podrán, con suerte, ser en el futuro consideradas benéficas; pero ciertamente debe procurarse que el legislador y aquellos que lo asesoran estén conscientes,

tanto como sea posible, de las consecuencias o resultados probables de la legislación que están haciendo.

Dentro de este contexto, paso ahora al sistema del proceso civil inglés, para intentar señalar algunas de sus características básicas y para mostrar luego cómo, según creo, algunas reformas recientes van a producir probablemente efectos que van mucho más allá de las intenciones del legislador.

Para el tipo de revisión o examen que tengo en mente, es desde luego esencial llevar a cabo un enfoque histórico, especialmente respecto a un país como Inglaterra porque, como se dice con frecuencia, el derecho inglés tiene una historia ininterrumpida de más de 900 años. Es verdad que Inglaterra sufrió una guerra civil desastrosa durante el siglo 17, y más tarde, en el mismo siglo, tuvo lugar la llamada "Gloriosa Revolución" —una revolución sin sangre— cuya consecuencia más importante fue asegurar la supremacía del Parlamento sobre el Rey, esto es, sobre la rama ejecutiva del gobierno. Al mismo tiempo la independencia de la rama judicial se aseguró a través de la declaración de que los jueces, que anteriormente eran considerados simplemente como sirvientes del Rey, no podrían ya ser separados de sus cargos sino sólo a través de un proceso muy complicado que, en la realidad, nunca ha sido aplicado. Por otra parte, es verdad también que Inglaterra ha tenido la buena fortuna de no sufrir invasiones y ocupaciones extranjeras ni procesos de colonización desde la conquista normanda del año 1066, que llevó al trono al Rey Guillermo I —llamado el Conquistador— y a la creación del primer gobierno central efectivo para todo el país. Esto es lo que generalmente se considera como el principio de lo que propiamente se llama historia inglesa.

Empiezo por lo tanto con un resumen histórico que puede dividirse así: primero, la formación general de la organización judicial y del procedimiento civil como era antes de las grandes reformas del siglo 19; en segundo lugar, una relación de lo más importante de esas reformas y, finalmente, la situación actual, como yo la veo, incluyendo algunas de las más importantes reformas de los últimos años.

I. LA NATURALEZA FRAGMENTARIA DEL DERECHO Y SU ADMINISTRACIÓN

En la época de la conquista normanda, en el siglo II, no había en Inglaterra una jurisdicción centralizada. Los únicos tribunales que exis-

tían eran tribunales locales. Gradualmente, sin embargo, el gobierno central, el gobierno del Rey, empezó a crear un sistema centralizado, pero lo hizo por partes o, en otras palabras, de una manera fragmentada. Este proceso de creación fragmentada incluyó tanto el desarrollo de los tribunales —como cuerpos judiciales separados del Consejo del Rey— como el desarrollo de su ámbito jurisdiccional.

Del Consejo del Rey salieron tres tribunales de *common law*, es decir tribunales que aplicaban el derecho común a todo el país, diferentes. Dos de ellos, la *Court of King's Bench* y la *Court of Exchequer*, se ocupaban esencialmente de los asuntos que directamente le importaban al Rey. La *King's Bench* conocía de los casos de violencia, esto es de aquellos casos en que se rompía lo que se llamaba "la Paz del Rey"; la *Court of Exchequer* conocía de los casos que tenían que ver con los ingresos del Rey. El tercero y último en surgir de los tribunales de *common law*, la *Court of Common Pleas* (que sería algo como un tribunal de derecho privado), se ocupaba de los conflictos entre los ciudadanos. Al paso del tiempo, es verdad, las distintas competencias de cada uno de estos tribunales fueron menos claras, pero siguieron siendo siempre tribunales separados.

Es necesario señalar que estos tribunales no tenían competencia general, ya que, por el contrario, su competencia estaba limitada de dos maneras distintas:

a) Las formas de la acción

La primera limitación era la que imponían las formas de la acción. Para poder proceder o actuar en un tribunal del Rey, un litigante tenía primero que obtener lo que se llamaba un "*writ*", esto es un documento expedido en nombre del Rey para llamar y requerir al demandado a fin de que contestara la demanda que se había presentado contra él. Estos "*writs*" sólo se otorgaban para cierta clase de reclamaciones; cada clase de reclamación tenía un "*writ*" diferente y cada uno de estos documentos proporcionaba una forma de acción distinta. Si no estaba previsto o si no se encontraba el tipo de "*writ*", el tipo de documento para esa clase de reclamación, el litigante no podía presentar su demanda o actuar ante los tribunales del Rey.

Para el siglo 19 el alcance y el número de "*writs*" y de formas de la acción había aumentado a tal grado que los tribunales del Rey, en conjunto, habían llegado a ser tribunales de competencia total, en el

sentido de que cubrían todos los aspectos. Esto no significaba sin embargo, que las formas de la acción se hubieran definido. Lo único que significaba es que tomadas en conjunto, las diferentes formas de la acción equivalían a una competencia completa, pero cada forma de acción seguía siendo diferente a las otras. Cada una tenía su área de operación y cuando un litigante escogía equivocadamente una forma de acción, su reclamación necesariamente fracasaba. Como se pueden imaginar, en tal sistema, mucho del tiempo y del esfuerzo de los jueces estaba dedicado a definir el alcance de las formas de la acción en particular, y muchos casos eran decididos por estas cosas técnicas más que por los aspectos sustantivos del asunto.

b) Una jurisdicción de Equity separada

La segunda limitación era la jurisdicción separada de equity. El surgimiento de los tres tribunales del Consejo del Rey no quería decir que un súbdito no pudiera ya recurrir al Rey directamente en un asunto que tuviera que ver con la aplicación del derecho. Por el contrario y, en parte al menos, precisamente por las rigideces y las insuficiencias del antiguo *common law*, las peticiones directas al Rey eran frecuentes y éste normalmente las encomendaba a su Canciller. Esta práctica condujo en el siglo 15 al surgimiento de otro tribunal: el *Chancellor's Court* o *Court of Chancery*, pero este tribunal no era de derecho sino de Equity.

Originalmente lo que se llama "equity", administrada por el Canciller del reino era, a diferencia del *common law*, una manera flexible de administrar justicia, basada en la conciencia natural, pero para el siglo 19 las reglas de "equity" habían llegado a ser casi tan sólidas e inflexibles como lo eran las reglas del *common law*. Así el derecho inglés se dividió en dos sistemas de derecho: el del *common law* y el de equity. No debe pensarse sin embargo que esto sea algo parecido a la división entre derecho civil y derecho administrativo, cada uno aplicado a su propia esfera, tal como se da en Francia. Equity y *common law* son sistemas diferentes de reglas, aplicadas en tribunales diferentes, pero uno y otro pueden aplicarse perfectamente a un mismo problema.

La relación entre *common law* y equity y entre los tribunales de uno y otro fue complicada y en algunas épocas extremadamente discutida. Como regla general, sin embargo, el equity complementaba y

ocasionalmente moderaba el *common law* siendo poco frecuentes los choques entre los dos sistemas. Para los propósitos de esta exposición, puedo decir que el problema más serio era que podía ser necesario recurrir a tribunales de ambos sistemas en un mismo caso. Esto sucedía porque los tribunales de *common law* sólo podían ejecutar sus resoluciones sobre los bienes del que había sido declarado deudor en la sentencia y, por lo tanto, sólo podían condenar al deudor a pagar o restituir bienes. El sistema de equity por otro lado, como tribunal basado en la conciencia, podía expedir y expedía órdenes para que el deudor hiciera o se abstuviera de hacer algo y estas órdenes se ejecutaban contra la persona del deudor, con la amenaza y la posibilidad de encarcelamiento por desobediencia.

Dos ejemplos pueden ayudar a explicar esta situación, uno referente al aspecto sustantivo y el otro al aspecto procesal:

1. En el caso de daños sufridos en forma continua o sucesiva el *common law* podía conceder y concedía compensación, es decir pago de daños y perjuicios, a favor de quien los había sufrido, pero sólo por aquéllos que habían ocurrido antes de que se iniciara la acción. En el *common law* no se podía expedir una orden para prevenir e impedir que se siguieran causando daños en el futuro. Para lograr este tipo de orden la víctima de los daños necesitaba de una orden que se llamaba *injunction* y sólo un tribunal de equity, no un tribunal de *common law*, podía otorgar tal *injunction*. Así, para lograr la compensación por los daños ya causados y además prevenir o impedir que se siguieran causando, la víctima de daños continuos necesitaba iniciar acciones separadas en dos jurisdicciones distintas.

2. En el sistema de *common law* no se podía, durante las etapas preparatorias del procedimiento, requerir a alguna de las partes en el litigio para que proporcionara alguna información o documentos a su oponente. En el sistema de equity, en cambio, sí se podía expedir una orden en ese sentido. Por lo tanto, si en el desarrollo de un proceso en un tribunal de *common law*, una de las partes necesitaba obtener información o documentos de la otra, tenía que iniciar un procedimiento separado en un tribunal de equity.

c) El jurado

Los primeros medios de prueba en los tribunales de *common law* consistían básicamente en la sumisión a una decisión sobrenatural, por

ejemplo, exigiendo a la parte que tenía la carga de la prueba que se sometiera a algún tipo de ordalía, la prueba de fuego, la prueba de la lucha cuerpo a cuerpo, etc. En el 1215 la Iglesia prohibió a los clérigos participar en tales procedimientos y el *common law* tuvo que buscar una alternativa para resolver los litigios. La solución fue el uso del jurado: un grupo de personas de la comunidad, sin conocimientos legales, que resolverían todas las cuestiones de hecho.

Originalmente los miembros del jurado debían decidir sobre la base de su conocimiento de las personas y los acontecimientos que eran materia del litigio. Para el siglo 17, sin embargo, la regla se volvió que el jurado tenía que decidir exclusivamente sobre la base de las pruebas que se le hubieran presentado en el desarrollo del litigio. Esto, como se verá, fue una modificación de importancia primordial para el futuro.

II. LAS REFORMAS DE 1876

A nuestros ojos, los inconvenientes que habían ido surgiendo dentro de ese sistema, durante un período de tiempo tan largo, son obvios, y así lo fueron para los reformadores del siglo 19. Esto hizo que finalmente se introdujeran reformas legislativas sustanciales en 1876.³ Tres aspectos principales de estas reformas deben mencionarse aquí:

1) *La creación de una sola jurisdicción.* Esto probablemente fue el aspecto más importante de la reforma. Los viejos tribunales de *common law* y *equity*, junto con otros que habían surgido, fueron puestos juntos en una Suprema Corte. Con esto se terminaron los problemas de jurisdicciones separadas, y aun cuando las normas de derecho del *common law* y del *equity* seguían, teóricamente, separadas, ambas eran aplicadas en un misma jurisdicción. Así, para referirme a mis ejemplos anteriores, la víctima de daños continuos puede obtener ahora la reparación de tales daños y una orden para prevenir que se sigan causando en una misma acción y en una sola demanda; también se puede ordenar a las partes que proporcionen la información y los documentos que la otra requiera en las etapas preparatorias de cualquier litigio.

2) *La supresión de los tipos diferentes de acción.* La idea de que cada forma o tipo de acción era distinta de las otras estaba tan firme-

³ *Supreme Court of Judicature Acts 1873-1875.* Véase actualmente *Supreme Court Act 1981.*

mente arraigada en la mentalidad de los abogados que resultó muy difícil suprimirlas. Finalmente, sin embargo, todas las diferentes formas o tipos de acción fueron unificadas⁴ y esto, naturalmente, trajo como resultado que se acabó la posibilidad de que una acción fracasara simplemente porque el actor había escogido una vía equivocada al formular su demanda.

Este cambio trajo consigo otro de gran importancia en los aspectos técnicos de las etapas preparatorias del procedimiento. Uno de los aspectos del viejo sistema era que cada forma o tipo de acción incluía su propio derecho sustantivo. Al seleccionar una forma o tipo de acción, por lo tanto, un litigante implícitamente indicaba las disposiciones de derecho de las que dependía su reclamación. Esto ya no sucede. Las partes en el litigio deben únicamente exponer en sus escritos iniciales los hechos en que basan su pretensión o sus defensas. No se requiere que las exposiciones de los hechos en dichos escritos se apoyen en disposiciones o principios específicos de derecho; esto se deja al abogado para usarse en los alegatos que presenta oralmente al juez durante la audiencia.⁵

3) *El jurado.* Lo más importante en este punto es que no hubo cambios respecto al jurado en las reformas del siglo 19. El sistema de *equity* nunca había usado el jurado; así, algunos casos en la Suprema Corte única siguieron siendo juzgados sin jurado, pero el juicio por jurado siguió siendo usado en la mayor parte de los casos. Esto, como veremos, ya no sucede.

¿Cómo debemos ver las reformas y la filosofía o ideología en que se apoyaban? A esta distancia en el tiempo creo que no es muy difícil comprender la mentalidad de los reformadores o sus intenciones y ver que su objetivo era permitir que el litigante obtuviera "justicia completa". En síntesis, la idea que estaba atrás de las reformas era facilitar que los litigios se manejaran y resolvieran sobre los hechos presentados por las partes, sin las restricciones del viejo sistema de los tipos o formas de la acción y sin necesidad de procedimientos que,

⁴ Desgraciadamente, y aunque no se le llama así, ahora existe una "forma de acción" especial para los asuntos de derecho público: *O'Reilly v. Marckman* [1983] 2 A.C. 237. V. JOLOWICZ, "Civil and Administrative Procedure" in Gardner (ed.) *United Kingdom Law in the 1990s*, Londres 1990, p. 160.

⁵ V.R.S.C. *Rules of the Supreme Court 1965*, casi equivalente a un código de procedimiento civil, O. (Order) 18, r. (rule) 7.

algunas veces, tenían que llevarse a cabo en más de un tribunal.⁶ A pesar de la importancia de las reformas, como parte de la historia del derecho inglés, esto es todo lo que se logró con ellas. Al conservar el juicio por jurado se aseguró que todas las consecuencias teóricas y prácticas del uso del jurado siguieran siendo parte del derecho inglés. Por lo tanto me referiré enseguida a las consecuencias del uso del jurado.

III. LAS CONSECUENCIAS DEL EMPLEO DEL JURADO

El uso del jurado produjo tres consecuencias que surgen directamente de él y, a su vez, éstas traen consigo otra que, creo yo, ha tenido el mayor efecto sobre el carácter del litigio civil inglés como sistema "contradictorio" más que "inquisitorio", y también sobre los supuestos e ideas de la profesión acerca de los propósitos a los que sirve el sistema existente.

1) La primera consecuencia es que hay una sola sesión llamada *trial*. Esto es así porque es imposible en la práctica reunir a los miembros de un jurado para muchas audiencias separadas de corta duración. Si el jurado debe decidir cuestiones de hecho sobre la base de las pruebas que se rindan en su presencia, esas pruebas tienen que ser recibidas en una sola sesión única del tribunal, esto es lo que llamamos nosotros *trial*.

En esta etapa (audiencia) ininterrumpida, decisiva y final del procedimiento de primera instancia se reciben las pruebas, predominantemente orales, por primera y última vez; los abogados presentan oralmente sus conclusiones; el juez instruye al jurado sobre las reglas de derecho aplicables; finalmente, después de una deliberación en secreto a la que no asiste el juez, el jurado emite su veredicto.

Es también imposible llevar a cabo esta audiencia única —el *trial*— sin una etapa preparatoria que está separada de ella. Así, hay una división, un corte, entre dos etapas del procedimiento: la etapa preparatoria y el *trial* mismo. La etapa preparatoria no debe, naturalmente, interferir con el derecho y la obligación que tiene el jurado de decidir sobre los hechos, y esto quiere decir que ninguna prueba puede recibirse antes del *trial*. Por otra parte, de acuerdo con las re-

⁶ V. JOLOWICZ, "General ideas' and the reform of civil procedure" (1983) 3 *Legal Studies*, p. 295.

glas de procedimiento, y con la opinión decisiva del juez cuando las partes no se ponen de acuerdo, las partes pueden hacer el programa de desarrollo de la audiencia. Este es el principal propósito de la etapa preparatoria, además de que naturalmente sirve para que cada una de las partes se prepare para el *trial*.

2) *La preferencia por las pruebas orales.* En una época en que prevalecía el analfabetismo, y aun en las condiciones actuales, es muy difícil que los miembros de un jurado utilicen pruebas escritas. Las pruebas, al menos como regla general, tienen que ser recibidas oralmente en presencia del jurado. Esto significa que los testigos deben ser citados para presentarse en la audiencia y ser interrogados en ella en presencia del jurado. Esta es la razón de que el derecho inglés prefiera las pruebas orales más bien que las escritas.

3) *Pleadings.* Como parte de la preparación del *trial* deben determinarse antes de él las cuestiones que el jurado debe resolver. Este es el principal propósito de un período del procedimiento llamado *pleading* que consiste en un intercambio de escritos entre las partes. En el siglo 19 esta etapa de *pleading* había llegado a ser exageradamente técnica y compleja y uno de los principales propósitos de la reforma que se hizo entonces fue liberarse de estos tecnicismos. Desde 1876, por lo tanto, todo lo que se exige es que cada parte exponga por escrito los hechos en que se basa su pretensión o su defensa, según el caso, y además el demandado debe precisar claramente cuáles de los hechos mencionados por el demandante acepta y cuáles niega. Esto, por lo menos en un caso claramente delimitado, es todo lo que se requiere. La comparación de los dos escritos, el del demandante y el del demandado, mostrarán cuáles son las cuestiones de hecho en disputa y, por lo tanto, cuáles son las cuestiones que el jurado debe resolver.

4) *El dominio de las partes en el proceso.* Es evidente que los miembros del jurado convocados sólo para el *trial*, es decir, sólo para la audiencia final y decisiva, no pueden tener conocimiento del asunto antes de la audiencia en la que van a escuchar a las partes y a los testigos; el juez que preside el juicio está en la misma posición: si él interfiere antes de la audiencia podría debilitar la supremacía del jurado sobre las cuestiones de hecho. De esto se sigue que son las partes, sólo con un mínimo de control por parte del juez, quienes tienen la responsabilidad de la preparación del *trial*. Son las partes quienes determinan a través de sus respectivos escritos cuáles son las cues-

tiones que el jurado debe contestar o resolver y son las partes quienes deciden qué pruebas se rendirán ante el jurado. Y, lo que es más importante, son las partes, no el juez, quienes interrogan a los testigos en el *trial* porque el juez no sabe quiénes son los testigos y mucho menos lo que ellos pueden decir. Esto, a su vez, nos lleva a esa característica de suma importancia de los procedimientos en un juicio a la manera inglesa, a lo que se llama *cross-examination*, es decir interrogatorio cruzado. Si una de las partes llama e interroga a un testigo en el juicio, la otra parte debe tener también en justicia la oportunidad de interrogarlo y en este interrogatorio cruzado buscará principalmente verificar la credibilidad y confiabilidad del testigo.

El interrogatorio cruzado ha sido considerado durante mucho tiempo como el aspecto individual más importante del *trial* inglés y la imposibilidad evidente de que un documento pueda ser objeto de interrogatorio cruzado es una razón más de la preferencia por el testimonio oral. Sin embargo, aún esto proviene de la idea de que el jurado necesariamente ignora los hechos hasta el momento de la audiencia.

Esto es lo que el derecho inglés ha exaltado y lo que realmente define su naturaleza y carácter. El proceso civil se concibe como un proceso en el que un tribunal, constituido por un juez y un jurado, debe decidir —únicamente decidir— las cuestiones presentadas por las partes, y debe decidir las sólo a la luz de las pruebas que las partes quieran presentar ante el tribunal. Esto es en esencia lo que significa el proceso contradictorio, de acuerdo con el cual no le compete al tribunal la búsqueda de la verdad objetiva. Por la manera en que los procedimientos se llevan a cabo no existe realmente posibilidad de que el tribunal pudiera hacer eso, pues aun si el juez tuviera facultades para ordenar pruebas ex-officio, este poder sería inútil, porque sólo al final de la audiencia podría el juez tener el conocimiento necesario para usar ese poder de una manera útil, y para entonces, ya es demasiado tarde. Pero aquí, como veremos, ha habido algunos cambios importantes.

La naturaleza del proceso civil inglés, tal como lo conciben los abogados y los no abogados, es, ni más ni menos, un proceso en el que un tribunal decide cuál de las partes contendientes ha ganado la batalla en el foro. La aseveración de que el tribunal no tiene otra obligación que ésta fue hecha de manera muy clara recientemente, en 1982, cuando Lord Wilberforce, un juez famoso de la Cámara de los Lores, que es la última jurisdicción de apelación del país, negó

que el tribunal tuviera el deber de buscar y descubrir una verdad independiente. Según sus propias palabras: "La tarea del tribunal es hacer justicia y que se vea que está haciendo justicia entre las partes... No existe un deber superior o adicional de declarar ninguna verdad independiente. A menudo sucede por las deficiencias de las pruebas o por el ocultamiento de ellas algunas veces por la parte en cuyo favor hablarían si se presentaran, que el fallo que se hace a favor de una de las partes no es la verdad, y se sabe que no lo es; sin embargo, si la decisión dictada se ha hecho de acuerdo con las pruebas disponibles y con el derecho, se habrá hecho justicia".⁷

Esta cita, no obstante ser tan reciente, es producto de siglos de desarrollo, es la culminación, si se quiere, de la formación de un concepto del proceso civil que empezó cuando el jurado fue introducido en Inglaterra hace siglos. El hecho es, sin embargo, que durante los últimos 100 años el uso del jurado ha declinado constantemente en los litigios civiles. Como lo he mencionado, el jurado nunca se usó en los viejos tribunales de *equity*, y cuando una forma modernizada de procedimiento de *equity* fue reintroducida en 1883 para los asuntos en que no había cuestiones de hecho en la controversia, naturalmente no se empleaba el jurado. Lo que es más importante, por primera vez se hizo posible y después se volvió normal que las partes prefirieran que el juez decidiera por sí solo tanto las cuestiones de hecho como las de derecho, en lugar de usar un jurado; de tal manera que en la actualidad es realmente excepcional el uso del jurado en un litigio civil.

Al principio, cuando se pidió que los jueces decidieran tanto las cuestiones de hecho como las de derecho, se vio como algo en que dos distintas funciones —la función normal del juez que decide las cuestiones de derecho y la función del jurado— tenían que ser desempeñadas independientemente la una de la otra por una sola persona: el juez. Gradualmente, sin embargo, la ficción de que un hombre se dividía en dos fue abandonada y, como consecuencia, se hizo posible introducir reformas que hubieran sido imposibles si el jurado se hubiera seguido usando de manera regular. Las reformas más recientes, todas ellas introducidas buscando la economía del proceso en tiempo y dinero, pueden resumirse bajo tres rubros:

⁷ *Air Canada v. Secretary of State for Trade* [1983] 394, 438, palabras de Lord Wilberforce en la Cámara de los Lores (última jurisdicción de apelación del país).

1) El uso de pruebas documentales. El testimonio oral de los testigos a quienes se puede someter a interrogatorio cruzado sigue siendo el método principal en la rendición de pruebas. Sin embargo, actualmente se reconoce que muchas pruebas necesarias, si no existen discrepancias serias entre las partes respecto a los hechos en cuestión, pueden rendirse por escrito. Esto ahorra tiempo y dinero. Por lo tanto, se han hecho muchos cambios detallados a la ley para hacer posible un uso amplio de las pruebas documentales.⁸

2) La comunicación entre las partes en la etapa preparatoria. Un sistema en el que cada parte se prepara para el *trial*, más o menos sin comunicación con la otra parte, trae como resultado que algunos testigos y también los peritos son llamados sin necesidad para testificar o dictaminar oralmente en el *trial*. En aspectos técnicos, por ejemplo, donde el derecho inglés usa expertos que las partes llaman al *trial* e interrogan por medio de sus abogados, de la misma manera que llaman e interrogan a los testigos ordinarios no expertos, se ha encontrado frecuentemente que los peritos nombrados por cada una de las partes coinciden en sus opiniones. En la actualidad hay, por lo tanto, en nuestro derecho procesal una serie de disposiciones que obligan a las partes a comunicarse durante la etapa de preparación, a fin de reducir la necesidad de testimonio oral en el *trial*.⁹

3) Información al juez antes del *trial*. El tiempo y, por lo tanto, los costos de un litigio pueden reducirse si el juez tiene algún conocimiento del asunto antes de entrar a la sala para el *trial*. Actualmente se exige a las partes que proporcionen al tribunal, con debida anticipación, antes de la audiencia, copias de todos los documentos que van a presentarse en ella. Esto es un cambio muy grande respecto a lo que se hacía anteriormente y, más importantes aún y más recientes también son las disposiciones que empiezan a aplicarse para exigir a las partes el intercambio de las declaraciones que cada una de ellas ha obtenido de los testigos a quienes se propone citar para el *trial*. Estas declaraciones de los testigos previas a la audiencia, se ponen también a disposición del juez para que éste las conozca.

Estos cambios han sido introducidos únicamente con el propósito de reducir el tiempo y el costo del litigio. Es un hecho que los métodos de aplicación del derecho inglés son especialmente costosos en su ope-

ración. Creo, sin embargo, que los cambios introducidos por las reformas tendrán un efecto profundo sobre la naturaleza y el carácter del litigio en mi país y también en la concepción general de los propósitos a los que sirven las instituciones del proceso civil.

El origen de este cambio se encuentra en el abandono virtual de la insistencia anterior en el sentido de que el juez no debería saber nada del asunto antes de que el *trial* se iniciara. Al proporcionarle al juez todos los documentos —incluyendo las declaraciones de los testigos— por adelantado, desaparece la imposibilidad práctica de la intervención judicial en la preparación de pruebas. Es importante decir que el juez tiene el poder de exigir que se reciban pruebas que ninguna de las partes desea que se reciban, y si los jueces empiezan a hacer uso de ese poder, el aspecto más impactante del sistema contradictorio —es decir, su insistencia en que el juez no debe buscar una verdad independiente— se vería seriamente debilitado y también se debilitaría la idea de que el litigio civil existe únicamente para concluir los conflictos entre las partes.

Queda por ver naturalmente si los jueces van en realidad a hacer uso de sus nuevos poderes, pero parece ser que empiezan a surgir señales de algunos jueces que ya no están contentos con todas las implicaciones lógicas del sistema contradictorio tradicional. Estos jueces ya no están satisfechos al ver su papel reducido a decidir entre los argumentos contradictorios de las partes. En otras palabras, parece ir creciendo la conciencia de que la justicia significa algo más que solamente decidir quién es el ganador de una batalla en el tribunal. Así, por ejemplo, en el caso al que me he referido anteriormente,¹⁰ Bingham J., juez de primera instancia del mismo asunto cuya decisión fue revocada por la Cámara de los Lores, sostuvo la opinión de que algunos documentos deberían presentarse independientemente de los deseos de las partes, porque, en su opinión, estos documentos eran importantes para las cuestiones que tenía que decidir: "El interés del tribunal, dijo, debe seguramente ser el procurar que se descubra la verdad, sin importar si la verdad favorece a una parte o a otra sino sólo buscando que la resolución final esté basada en hechos cimentados firmemente". En otro caso, más reciente, un juez —el presidente de la Corte de Apelaciones— insistió en que "el litigio no es una guerra o un juego. El litigio tiene como propósito hacer justicia

⁸ Por ejemplo, *Civil Evidence Acts 1968 y 1972*.

⁹ Especialmente *R.C.S., O. 38*.

¹⁰ *Supra*, nota 7.

verdadera entre las partes en conflicto y si el tribunal no tiene toda la información pertinente, no puede lograr ese objetivo".¹¹

Tenemos que reconocer que los aspectos del sistema contradictorio y la idea de que el proceso civil existe ni más ni menos para concluir los conflictos, están profundamente enraizados todavía en el subconsciente de la profesión jurídica en Inglaterra; puede haber, por lo tanto, resistencia al cambio fundamental que yo preveo, pero creo que las cosas están maduras ya para efectuar un cambio. Es demasiado lo que ha ocurrido en la sociedad para que sigamos satisfechos de ver la acción civil sólo como el sustituto que ofrece la civilización para la venganza. Si las partes en un conflicto no necesitan más que un arreglo que no pueden lograr por sí mismas, pueden recurrir al bien establecido recurso del arbitraje o a la conciliación, a la decisión de un mediador o a alguno de los otros métodos de lo que se ha llamado Resoluciones Alternativas de las Disputas, que cada vez son más conocidas. El litigio ante los tribunales es una actividad pública, es algo que se lleva a cabo ante jueces que representan el derecho mismo y que no son escogidos por las partes, y frecuentemente el litigio moderno afecta a muchos otros, además de las partes. Los defectos de las ideas en que se apoya el sistema contradictorio son obvios en el mundo actual, excepto tal vez para los devotos profesionales del sistema tradicional. Este, sin embargo, no es realmente el punto con el que quisiera terminar mi exposición.

Mi punto esencialmente es que la naturaleza del proceso civil en Inglaterra se formó a través de un largo período de tiempo, pero en verdad, en uno de sus puntos fundamentales, esto es, la introducción del jurado, fue el resultado de un accidente. Realmente no había entonces una intención ideológica de parte de nadie para darle al proceso civil el carácter que adquirió. Igualmente no hay ahora intención ideológica en el propósito de quitarle ese carácter: como he dicho, las reformas del siglo 19 no buscaban otra cosa que hacer del proceso civil un medio más efectivo de la lucha de las partes en el foro, en tanto que las reformas más recientes sólo buscan una reducción en el tiempo y en el costo del litigio.

A pesar de todo, la época en que los jurados eran usados regularmente en los juicios civiles ha terminado, y las limitaciones más im-

¹¹ *Davies v. Eli Lilly & Co.* [1987] 1 W.L.R. 428, 431-432, palabras de Lord Donaldson.

portantes al poder de los jueces de controlar los procedimientos, están en camino a la desaparición. Esto no cambiará las cosas de la noche a la mañana, pero el cambio vendrá, y con él, un cambio en la naturaleza del proceso civil en Inglaterra. Yo creo que éste dejará de ser un sistema cuyo propósito es sólo algo más que proporcionar un foro a las partes en conflicto, para dirimir sus disputas como ellas quieran, ante un juez independiente, cuyo trabajo es declarar quién es el vencedor. Este será, en cambio, mucho más un sistema donde las decisiones judiciales independientes se dan en relación con conflictos en la sociedad; conflictos que, sin duda, serán llevados ante los jueces por las partes interesadas pero con más frecuencia serán definidos por el esfuerzo combinado de las partes y el juez, no solamente por aquéllas. Si esto quiere decir que nuestro procedimiento en su nueva transformación requerirá del propósito del juez de descubrir la verdad independientemente de los argumentos de las partes, yo por mi parte, estoy dispuesto a aceptarlo.

La conclusión importante de esta exposición, sin embargo, no es tanto que el cambio vendrá, cuanto que, si viene, esto ocurrirá, una vez más, como resultado de un accidente, el accidente de la decadencia en el uso del jurado y el accidente de los métodos escogidos en búsqueda de la economía de tiempo y gasto. Seguramente que no sucederá como resultado de una declaración del legislador. Creo que habrá un rediseño gradual en la mente del abogado imaginario al que me referí al principio de mi exposición, un cambio de mentalidad inducido por la combinación de la familiaridad en el manejo de las nuevas reglas procedimentales, independientemente del propósito con el que fueron introducidas, y por las nuevas necesidades y los requerimientos que se le hacen al sistema de justicia como un todo.

No me corresponde a mí decir si las experiencias del sistema jurídico de mi país, que he tratado de dibujar y las enseñanzas que hemos obtenido, son susceptibles de aplicarse a los sistemas de otros países; pero sí puedo hacer una sugerencia. Sugiero que el estudio del proceso civil no quede restringido sólo al estudio de las reglas de procedimiento. Si queremos entender el lugar que tienen las instituciones del litigio civil en una sociedad, tenemos que ver no sólo el derecho y sus fuentes formales sino a los hombres y mujeres, los abogados y los jueces, que lo manejan en su vida diaria. Son ellos, precondicionados por su educación y las circunstancias en que viven, así como por su entrenamiento profesional, quienes hacen del sistema lo que

LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL Y SU IMPORTANCIA FRENTE A LA CREACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO

Jorge Ríos HELLIG

*El notario es docto, prudente
y honrado.*

GONZÁLEZ PALOMINO

SUMARIO: I. *La función notarial en el Distrito Federal.* II. *Deontología notarial.* III. *Requisitos para el ejercicio de la función notarial en el Distrito Federal.* IV. *Deberes y derechos de quien ejerce la función notarial.* V. *La función notarial y otras funciones estatales.* VI. *El notariado latino y el anglosajón.* VII. *La creación y la transformación del Derecho.* VIII. *Conclusiones.*

I. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Para hablar de la función notarial en el Distrito Federal, es necesario atender a lo dispuesto por el artículo primero de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y que a la letra dice: "Art. 1o. La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas."

Del análisis de esta definición legal encontramos algunos aspectos de importancia, el primero de ellos consiste en determinar qué consecuencias jurídicas trae aparejada la calificación que se le hace de ser una función de orden público.

Para entender al orden público es necesario acudir en primer término a sus definiciones doctrinales, para lo cual siguiendo las ideas del maestro don Juventino V. Castro podemos definir al orden públi-

co como: "...un ideal estado de tranquilidad, bienestar y paz sociales necesario para los habitantes de un país y que les permita ejercer libremente sus derechos y desarrollar sus actividades".¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha determinado en sí al orden público y ha manifestado en una única jurisprudencia, que corresponde al legislador establecerlo, facultando también a los jueces a determinarlo en casos concretos.²

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el artículo 124 fracción II de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales (Ley de Amparo) no concede la suspensión del acto reclamado si se transgrede al orden público, lo cual constituye una aplicación práctica de capital importancia en la actividad foral.

Por último y siguiendo la interpretación del ilustre notario don Manuel Borja Martínez, atendiendo a lo establecido en la exposición de motivos del proyecto del Código Civil de 1928 en relación analógica con el artículo octavo del Código Civil vigente, los actos cometidos contra el orden público son nulos en forma absoluta³ y sus nor-

¹ CASTRO, Juventino V., *Lecciones de Garantías y Amparo*, 2a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 157.

² "1731. ORDEN PÚBLICO. Si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les sometan para su resolución. Resulta, pues, indudable que los jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no podrían declarar éstos, que no siendo ya aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades.

Quinta Época

Págs.

Tomo XXVI — Inclán Cenobio C.	1533
Tomo XXXI — González Cesáreo L.	570
Priego Rosendo y Coag.	2807
Vega Bernal Miguel	2807
Mendieta Pedro V.	2807

JURISPRUDENCIA 130 (Quinta Época), p. 222, volumen COMUNES AL PLENO Y SALA Octava Parte Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965 Sexta Parte, JURISPRUDENCIA 131, p. 238, en el Apéndice de fallos 1917-1954, JURISPRUDENCIA 728, p. 1340. (En nuestra ACTUALIZACIÓN I CIVIL, tesis 1654, p. 824).

³ El texto del artículo octavo del Código Civil para el Distrito Federal establece textualmente: "Artículo 8o. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." Dicho numeral no califica frente a qué tipo de nulidad nos encontra-

mas son irrenunciables de acuerdo al artículo sexto del Código Civil mencionado.

De todo lo anterior concluimos que la función notarial es una función de orden público, esto es una función a la que el Estado ha catalogado con una importancia superior a otras, y consecuentemente cualquier acto que vaya en contra de su naturaleza es absolutamente nulo, teniendo en cuenta diversas implicaciones de carácter procesal, principalmente la señalada en materia de amparo.

Un segundo aspecto de relevancia consiste en encuadrar a la función notarial dentro de las funciones públicas del Estado, para lo cual es necesario analizar los tres diferentes tipos de descentralización administrativa, a saber: a) Por región; b) Por servicio; y c) Por colaboración.

Siguiendo al maestro don Gabino Fraga,⁴ la función notarial corresponde a una descentralización por *colaboración*; ésta se da cuando la resolución de los problemas estatales requiere de sujetos con una preparación técnica especializada.

El Estado autoriza a los particulares (instituciones o personas) para que colaboren con él, desarrollando tareas de las que son especialistas, pero sin formar parte directamente de la administración.

Donati establece dos características principales de la descentralización por colaboración: a) La existencia de una función pública, desarrollada en interés del Estado; y b) Particulares colaborando con el Estado, desarrollando dicha actividad en nombre propio, esto es, de la institución privada.⁵

Dentro de las descentralizaciones por servicio y región el Estado encomienda determinadas funciones a instituciones públicas, las cuales forman parte integral de la administración, cosa que no sucede con la institución notarial, la cual no forma parte de la Administración como ha quedado dicho, y lo que nos obliga a afirmar que el notario en ejercicio de la función notarial no debe ser considerado un servidor público, ya que sus características doctrinales y legales no son de

mos en los casos señalados por éste, razón por la cual se debe acudir a una interpretación histórico-legislativa y por ende a la lectura de la exposición de motivos del proyecto del Código Civil en cuestión, que es el único texto que categóricamente nos habla de una nulidad absoluta en el caso comentado.

⁴ Interpretación hecha por el autor, de lo señalado por el maestro Gabino Fraga en el siguiente texto: FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 19a. ed., Porrúa, México, 1979, p. 223, núm. 175.

⁵ *Idem*, p. 224, núm. 175.

adecuarse a lo dispuesto por el artículo 108 constitucional y su Ley Reglamentaria, amén de la reforma expresa que sufrió la Ley del Notariado del Distrito Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, en donde en su artículo décimo reitera el carácter de privado (licenciado en derecho) del notario, pasándolo a un rango diferente de regulación, dando por terminada la polémica derivada de si era o no un servidor público, toda vez que existen algunas características que podrían asimilarlo a éste, tales como la vigilancia de la autoridad, o la necesidad de rendir una protesta legal.

El artículo primero de la Ley, anteriormente transcrito, siempre ha calificado al notario de "particular" confirmando que no forma parte de la organización del Estado como servidor público.

Un tercer aspecto de importancia consiste en analizar que la función notarial reside en el propio Estado, el Estado a través de su forma de autodeterminarse (*jus imperii*) crea las maneras de brindar seguridad jurídica y fomentarla entre sus habitantes, una de estas maneras es la fe pública y es donde el notariado encuentra su plena justificación, pues esta es una presunción "*juris tantum*" de legalidad y veracidad (artículo 102 de la Ley del Notariado), obligando a un conglomerado universal a tener por cierto lo que no ha presenciado por sí; esta fe pública, esencia de la función notarial, la tiene el Estado propiamente en forma original, y la reserva al titular de uno de sus poderes (el Ejecutivo de la Unión), quien a su vez atendiendo a lo dicho en la descentralización por colaboración, administrativamente la delega en particulares especialistas (licenciados en derecho) para su ejercicio.

La autodeterminación estatal en materia de fe pública la encontramos regulada principalmente en el artículo 121 constitucional dentro de la doctrinalmente conocida cláusula de "entera fe y crédito",⁶ la cual con relación al artículo 124 del mismo ordenamiento deja a los Estados la manera de regular la función fedante.

II. DEONTOLOGÍA NOTARIAL

Lo anteriormente expuesto nos obliga a tratar varios puntos de deontología notarial, toda vez que la función en el Distrito Federal queda

⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional*, 16a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 106.

confiada a particulares, los cuales deben ser especialistas en la materia, la cual tiende a dar forma a los actos jurídicos y certificar hechos que tienen relación con casi todas las materias jurídicas; de aquí que el notario mexicano, como un notario de estilo latino, el cual recibe la tradición romanista por la recepción que nuestro Derecho hizo en su oportunidad de ordenamientos tales como las Siete Partidas, el Fuero Juzgo, la Pragmática de Alcalá, etcétera, sea un verdadero asesor de las partes, un redactor del instrumento público, su autorizante y conservador, requiriendo para ello una preparación especial en diferentes ámbitos:

1. *Ámbito jurídico*. Cada rama del Derecho exige una preparación sumamente especializada en la actualidad, sea en materia civil, mercantil, bancaria, judicial, administrativa, penal, internacional, laboral, fiscal, registral, familiar, etcétera. El Derecho notarial no escapa a una especialización propia (Estudio de circulares, decretos, misceláneas fiscales, reformas legislativas y demás asuntos relacionados íntimamente con el notariado), amén de un estudio diario y actual de todas las demás ramas con las cuales tiene contacto cotidianamente, teniendo la función notarial la peculiaridad de estar relacionada con casi todas las demás ramas del Derecho.

Lo anterior nos obliga a recomendar a quienes son aspirantes para el ejercicio de la función notarial el tener una práctica diaria y efectiva tanto en el aspecto académico como en el práctico.

2. *Ámbito social*. Los tiempos modernos requieren un ajuste al dinamismo de sus cambios, el notario debe de estar preparado para los cambios económicos y sociales y para brindar ayuda y servicio a su comunidad y a las funciones estatales mismas, por ende deber ser un auxiliar del fisco en la recaudación de impuestos, atender cuando la autoridad lo pida aquellas demandas inaplazables de interés social como elecciones, programas masivos de regularización, actuar aun en días feriados u horas inhábiles, así como representar a sus clientes la figura de la seriedad y del profesionalismo. En resumen, el notario debe ser un ente *socialmente útil* y servir a todos quienes le soliciten sus servicios, teniendo en cuenta sus condiciones económicas y sociales aun para obtener su retribución, la cual debe de ser accesible a personas de cualquier estrato; lo anterior con fundamento en la fracción quinta del artículo 153 de la Ley del Notariado que prevé este tipo de reducciones y en los diversos convenios que el Colegio de

Notarios del Distrito Federal celebra con la Administración Pública en ese aspecto.

3. *Ambito humano personal.* El notario, como cualquier profesionalista, debe tener una vocación, esto es, un anhelo o ideal de realizar su función, por la función misma, no viéndola como un medio de satisfacción económica, sino como algo más, como una responsabilidad, puesto que en sus manos está la facultad de autenticar documentos volviéndolos públicos, inscribibles y con fuerza ejecutiva, lo cual presupone, como ha quedado dicho, una preparación intelectual y una entrega absoluta a su ejercicio.

III. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Para que una persona pueda ejercer la función notarial en el Distrito Federal, debe:

1. Tener el carácter de notario del Distrito Federal, lo cual se acredita por medio de la patente respectiva y que se obtiene posteriormente a la de aspirante puesto que nos rige un sistema de oposición cerrada; también se debe gozar de buena reputación profesional y personal y no haber sido condenado por sentencia ejecutoriada de delito intencional.

2. Prestar protesta legal por analogía con el artículo 128 constitucional y sin que sea considerado servidor público.

3. Iniciar sus funciones en un plazo no mayor de 90 días hábiles contados a partir de la fecha de la protesta legal.

4. Proveerse a su costa de protocolo y sello.

5. Tener registrados ante las autoridades competentes su sello, firma y rúbrica.

6. Presentar fianza de fidelidad por una suma de diez mil veces el salario mínimo vigente al otorgarse y la cual será aplicada en su caso al pago de multas o responsabilidades administrativas y a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incurrir en responsabilidad civil.

7. Establecer oficina donde la autoridad señale.

8. Dar aviso de inicio de funciones a las autoridades competentes.

9. Colegiarse en forma obligatoria.

10. Celebrar convenio de suplencia o de asociación en su caso.

Una vez cubiertos estos requisitos esenciales, el notario puede empezar a ejercer la función notarial teniendo en cuenta que este ejercicio lo debe hacer en forma personal y siempre considerando la seriedad y lo delicado de su gran responsabilidad.

IV. DEBERES Y DERECHOS DE QUIEN EJERCE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Atento todo lo anterior, se desprende que el notario es un sujeto a quien la ley le impone una gran diversidad de deberes. Estos deberes, examinados en su aspecto general, convergen todos para la finalidad de un solo objetivo: regular la obligación que el notario tiene de dar fe para brindar a un conglomerado universal la certeza y la confianza que da la seguridad jurídica.

Estos deberes, en el caso del notario mexicano, son y deben ser más estrictos que los del notario anglosajón, ya que no es como éste un simple testigo en los actos, ni es un mero autenticador de firmas, sino un completo asesor jurídico, y la eficacia del instrumento y de su contenido son su gran responsabilidad.

Es muy difícil sistematizar los deberes que el notario tiene al ejercer la función notarial. La Ley del Notariado expresamente obliga al notario entre otras cosas a:

1. Guardar reserva o secreto del contenido de los instrumentos que autoriza.

2. Actuar dentro de la jurisdicción del Distrito Federal.

3. Dar avisos a las autoridades que la Ley indica (Sría. de Gobernación, Sría. de Relaciones Exteriores, Archivo General de Notarías, Junta de Asistencia Privada, Registro Nacional Forestal, Sría. de Hacienda y Crédito Público, Tesorería del Departamento del Distrito Federal, etcétera).

4. Explicar el contenido y alcance de lo plasmado.

5. Colaborar en demandas urgentes, etcétera.

En sí toda la Ley del Notariado establece deberes y obligaciones para el notario en el ejercicio de la función notarial, por ejemplo, a percibir honorarios en términos de un arancel, entregar libros a custodia y revisión al Archivo General de Notarías, estructurar lógica y eficazmente sus actas y escrituras, etcétera.

La Ley también de manera expresa impone determinados deberes de abstención a quien ejerce la función notarial, esto en aras de que

el notario sea un asesor imparcial y neutral de las partes y un sujeto absoluta y exclusivamente entregado a la cambiante y delicada función fedante. Estos deberes se tienen comprendidos en diversas prohibiciones e incompatibilidades previstas en los artículos 35 y 17 respectivamente de la Ley, que son del tenor siguiente:

Artículo 35. Queda prohibido a los notarios:

I. Actuar en los asuntos que se les encomiende, si alguna circunstancia les impide atender con imparcialidad;

II. Intervenir en el acto o hecho que por ley corresponda exclusivamente a algún funcionario público;

III. Actuar como notario en caso de que intervenga por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado;

IV. Ejercer sus funciones, si el acto o hecho interesa al notario, a su cónyuge o a alguno de sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior;

V. Ejercer sus funciones, si el objeto o fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres;

VI. Ejercer sus funciones, si el objeto del acto es física o legalmente imposible.

VII. Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos:

a) El dinero o cheque destinados al pago de impuestos o derechos causados por las actas o escrituras efectuadas ante ellos;

b) Cheques librados a favor de bancos, instituciones o sociedades nacionales de crédito en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros cuya escritura de cancelación haya sido autorizada por ellos;

c) Documentos mercantiles en los que intervengan con motivo de protestos, y

d) En los demás casos en que las leyes así lo permitan;

VIII. Las prohibiciones previstas en las fracciones III y IV de este artículo para un notario, también se aplicarán al asociado o suplente cuando tenga interés o intervenga el cónyuge o los familiares del notario asociado o suplido que actúe en el protocolo del primero."

"Artículo 17. Las funciones del notario son incompatibles con todo empleo, cargo o comisión públicos, con los empleos o comi-

siones de particulares, con el desempeño del mandato judicial y con el ejercicio de la profesión de abogado, en asuntos en que haya contienda, con la de comerciante, agente de cambio o ministro de cualquier culto.

El notario sí podrá:

I. Aceptar cargos docentes, de beneficencia pública o privada o concejiles;

II. Ser mandatario de su cónyuge, ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad y hermanos;

III. Ser tutor, curador o albacea;

IV. Desempeñar el cargo de secretario de sociedades, sin ser miembro del consejo;

V. Resolver consultas jurídicas;

VI. Ser árbitro o secretario en juicio arbitral;

VII. Patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escritura, y

VIII. Patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras que otorgare."

La Ley del Notariado no es el único ordenamiento legal que impone obligaciones a quienes ejercen la función notarial; así es que existen leyes que ordenan: testar de un modo específico en materia de reconocimiento separado de hijo (artículo 370 del Código Civil), redactar cláusulas especiales en materia de impuesto al valor agregado e impuesto sobre la renta (artículos 10 RIVA y 125 RISR respectivamente) o bien, cláusulas especiales en materia de colindancia y descripción de inmuebles, así como con el pago de sus contribuciones de acuerdo con la Ley de Hacienda del Distrito Federal; en materia de Derecho Urbano, en lo relativo a declaratorias, usos, destinos o reservas de acuerdo a los artículos 53 y 54 de la Ley General de Asentamientos Humanos, o en materia ecológica de acuerdo al artículo 85 de la Ley de Protección y Equilibrio Ecológico, etcétera.

En sí no es nuestra intención caer en un peligroso casuismo, lo único que podemos afirmar es que existen una gran diversidad de deberes que las leyes imponen a quienes ejercen la función notarial, tanto en la manera de redactar los instrumentos, como para autorizarlos, registrarlos, reproducirlos, autenticarlos, etcétera, así como en la conducta y actitud que el notario debe tener frente al Estado y a la sociedad.

El notario que no respete cabalmente lo establecido en la Ley se hará acreedor a sanciones, las cuales obedecen a las responsabilidades que el grueso de los autores dividen en responsabilidad civil, penal, administrativa, fiscal y fiscal penal.⁷

Por correspondencia, quien ejerce la función notarial goza también de determinados derechos según la Ley, de los cuales mencionaremos a continuación algunos de ellos:

1. Derecho a cobro de honorarios.
2. Derecho a excusarse a actuar en días u horas inhábiles de acuerdo al artículo 34 de la Ley.
3. Derechos a autodeterminar su actuación o sus negativas justificadas en derecho.
4. Derecho a vacaciones.
5. Derecho a licencia.
6. Derecho a asociación con otro notario del D.F.
7. Derecho de audiencia en materia de responsabilidad administrativa, etcétera.

En sí, podemos concluir que la función notarial está reservada al Estado, quien a su vez faculta a particulares especialistas en Derecho para su ejercicio, a través de la expedición de una patente, la cual convierte a estos sujetos en responsables del buen funcionamiento de la actividad notarial frente al Estado, la sociedad y su gremio.

La función notarial principalmente tiene como axiología y finalidad, el brindar seguridad jurídica atendiendo al carácter latino del notario mexicano, quien:

1. Produce y redacta el instrumento notarial en actas o escrituras, de acuerdo a los términos previstos por la Ley, esto es, principalmente:
 - a) Siempre dentro de un protocolo de acuerdo al principio de objetivación de la fe pública;
 - b) En cláusulas, respetando un proemio, antecedentes, declaraciones, certificaciones, generales, personalidad, fe de lectura, de identificación, de explicación, y
 - c) Atendiendo siempre a un marco de legalidad vigente y eficaz para las pretensiones de las partes.
2. Autoriza el instrumento público notarial por medio de su firma y sello imprimiéndole la fuerza y la sanción del Estado, convirtiéndolo,

⁷ Cfr. GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, 2a. ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, pp. 325 y ss. y PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, Porrúa, México, 1981, pp. 299 y ss.

como ya se dijo, en público, auténtico, inscribible y con fuerza ejecutiva.

3. Conserva el instrumento público notarial realizando una actividad que brinda seguridad jurídica puesto que permite que el instrumento sea reproducido de su matriz original, la cual conserva en su poder durante cinco años después de la razón de certificación de cierre del juego respectivo de los libros de su protocolo; después de este lapso esta obligación corre a cargo del Archivo General de Notarías del Distrito Federal.

4. Reproduce el instrumento, brindando seguridad jurídica, puesto que la reproducción puede hacerse a través de copias simples, certificadas, testimonios y certificaciones, lo cual permite una comprobación fidedigna de lo contratado o certificado en forma inmediata. Esta reproducción puede hacerse en favor de las partes interesadas o bien de un tercero mediante orden judicial.

V. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y OTRAS FUNCIONES ESTATALES

La función notarial puede llegar a ser fuente de derecho; a esto se le llama "jurisprudencia notarial" o, al decir de Castán Tobeñas, la "elaboración notarial del derecho", éste es su punto de contacto con la función legislativa (como fuente de Ley).⁸

Baste recordar, entre otros casos, que a raíz de una práctica iniciada en notarías se incorporó a la legislación civil la figura del poder como declaración unilateral de voluntad en contraposición del tradicional contrato de mandato, que requiere de acuerdo de voluntades en su otorgamiento; o bien, la figura de la escisión de sociedades, que fue recogida por la Ley Federal de Sociedades Mercantiles y por la legislación fiscal en los mismos términos en que fueron concebidas dichas escisiones hace ya más de diez años por los notarios.

El mismo comentario merece el desempeño notarial en materia de condominios, la cual originó la expedición de diversos ordenamientos muy complejos y reglamentarios de lo que era la única disposición aplicable antes del 15 de diciembre de 1954, o sea, el artículo 951 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función Notarial y Elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.

La función en términos amplios consiste, según el Derecho administrativo, en el contenido de una actividad, la cual es vista formalmente desde el órgano que la realiza y materialmente desde el punto de vista de su contenido. Así, la función notarial formalmente siempre será ejecutiva y materialmente puede tener características jurisdiccionales. Es así como la función notarial va ligada con la función jurisdiccional, en donde encuentra su génesis en México, pues baste recordar las épocas en que el notario formaba parte del poder judicial y tenía obligación de permanecer adscrito a los tribunales; reminiscencia de tal orden es el artículo 68 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que le sigue dando al notario atribuciones de secretario en materia jurisdiccional, así como las disposiciones que obligan a la intervención del notario en los procedimientos; por ejemplo, la elaboración del inventario solemne en sucesiones, o la tramitación de testamentarias en su totalidad mediando testamento público, mayoría de edad en los herederos y ausencia de conflicto.

De manera práctica podemos concluir que el notario coopera con la autoridad judicial principalmente en la elaboración de arbitrajes, descargándole de negocios y principalmente formalizando las sentencias que obligan, confirman o declaran la transmisión de un bien o derecho.

La función notarial va ligada también con las funciones administrativa y registral. Con la función administrativa, el notariado guarda una relación de cooperación, toda vez que para plasmar un acto jurídico notarialmente, las leyes exigen al notario que se cerciore previamente de que todos los requisitos, permisos, licencias, concesiones o autorizaciones necesarios para su otorgamiento se han cumplido y expedido en sus términos, se encuentran vigentes y, sobre todo, la autoridad descansa en el notario, toda vez que lo obliga a mantenerle informada del estado que guardan los asuntos mediante avisos obligatorios. Con la función registral guarda una relación simbiótica y necesitan la una de la otra forzosamente; la forma y el fondo de un acto contenidos en un instrumento notarial son analizados y reconocidos en cuanto a su legalidad por los registros, los cuales dotan al acto de publicidad, convirtiéndolo en oponible frente a terceros, lográndose así la teleología de ambas ramas, esto es, brindar la seguridad jurídica.

VI. EL NOTARIADO LATINO Y EL ANGLOSAJÓN

Pasando a tratar el tema que nos ocupa en relación a la creación y transformación del Derecho y la actividad del notario, debemos en primer término destacar cuál es la posición del notariado en los diversos sistemas jurídicos en donde participa; así, debemos distinguir principalmente dos sistemas o corrientes: la latina y la anglosajona; en esta última encontramos que la costumbre juega un papel primordial en la regulación de las relaciones humanas, no existe por sí una legislación escrita preestablecida encargada de dicha dirección y es aquí donde el notario encuentra su más limitada expresión; bajo el sistema del notariado anglosajón, el notario no interviene en la modelación o en la creación del Derecho, su función consiste principalmente en certificar la identidad y la plasmación de la firma de los otorgantes de un acto jurídico, pero de ninguna manera elabora el documento que contiene dicho acto jurídico; ni se responsabiliza de su eficacia. Por lo contrario, dentro del sistema latino se entiende al notario en su concepción más pura, esto es, tal como fue ideado por Justiniano dentro de sus novelas XLV, LXVIII y LXXVI del *Corpus Iuris Civilis*⁹ o por la Escuela clásica de Bolonia, donde Irnerio de Bolonia se convirtió hace siglos en el primer catedrático organizado de lo que llamó el arte notarial (*ars notariae*) y el cual consiste en una materia específica y autónoma que tendía a capacitar a los alumnos en la difícil práctica de redactar un instrumento notarial y la cual ahora se imparte en forma organizada en todas las universidades y escuelas de Derecho del Distrito Federal; así las cosas, el notariado latino, inspirado por legislaciones romanistas, y al cual pertenecemos por la recepción y aplicación que de tales leyes la conquista hispana nos impuso y procuró, es un sistema notarial donde el notario debe por fuerza ser un perito en Derecho, toda vez que en este sistema de Derecho escrito, se le exige y faculta por delegación del poder público a dar fe de los actos o hechos que pasen ante él, obligándolo a ser un eficaz controlador de la legalidad de los actos, un ágil auxiliar del fisco en la recaudación de contribuciones, un confiable asesor de las partes, un intérprete de la norma y, lo que es más importante, es el imparcial redactor del instrumento y su autorizante.

⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, Porrúa, México, 1981, p. 1.

Esta responsabilidad tan delicada del notario latino procura frente a la sociedad la certeza de que un documento redactado en tales términos contiene un acto apegado a Derecho donde las partes fueron capaces de otorgarlo, donde los antecedentes fueron profundamente analizados y donde por ende descansa la seguridad jurídica que corresponde a todo Estado de Derecho.

Encuadrando al notario mexicano dentro del sistema notarial latino, podemos llegar a una primera afirmación, ese notario debe ser un perito en Derecho encargado bajo su más estricta responsabilidad de redactar el instrumento público notarial y de vigilar la legalidad y la eficacia de los actos que autoriza; esto, insistiendo, a diferencia del notario anglosajón, cuyo sistema limita tremendamente su campo de acción, dejando a los tribunales, la mayoría de las veces, la concreción de la actividad que en nuestro sistema lleva a cabo en forma preventiva el notario: cobrando plena vida la frase de Joaquín Costa: "Notaría abierta, juzgado cerrado."¹⁰

VII. LA CREACIÓN Y LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO

De acuerdo al esencial contacto que tiene el notario con el Derecho, aquel se enfrenta a dos grandes mundos, el del campo de la creación y transformación del Derecho y el del campo de la aplicación de éste.

Dentro del campo de la creación y transformación del Derecho tenemos que el notario, a diferencia del juez, tiene que moldear *ab initio* los actos que autoriza, esto con el cuidado de que sus consecuencias, lejos de ser antijurídicas o perjudiciales, sean armónicas y eficaces entre las partes, evitando dentro de la esfera de lo posible un litigio; así, el notario descubre principios o aplica y combina antiguos elementos que formarán una innovación, creando muchas veces figuras legales que llegan a ser recogidas por la legislación. Todo ello descansa en la necesidad de que el notario vigile la legalidad de los actos, se cerciore de la capacidad e identidad de las partes, desentrañando su voluntad y aconsejándoles la solución más justa y eficaz; revisando los antecedentes y, sobre todo, brindando seguridad jurídica a las relaciones tanto de Derecho público como de Derecho privado, negándose a intervenir en actos cuyos objetos sean contrarios a la moral o a la ley.

¹⁰ GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, 2a. ed.; Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 44, citando lo escrito por Joaquín Costa.

El notario en la redacción de sus escrituras o actas habrá de observar y aplicar en su integridad las normas jurídicas, independientemente de la voluntad de las partes, esto es, la última deberá siempre adecuarse a las primeras, así, al decir de Castán Tobeñas: "El notario en su actuación ha de acomodar las relaciones jurídicas que se plasman en el instrumento público a las normas jurídicas pertinentes."¹¹

Así tenemos también que según los tratadistas, notarios o no, que se han ocupado de la materia, como el caso de Castán o del mexicano Jesús Ledesma,¹² el notario debe aplicar el Derecho, como se ha dicho, pero en la calificación y en la concreción que de un acto jurídico hace, éste tiene mayor amplitud y libertad de desenvolvimiento que el juez, cobrando en este punto plena vigencia la aplicación de las fuentes formales y de los principios generales del Derecho a los actos notariales, de tal suerte empezaremos a tratar este tema en la siguiente forma.

Con respecto a la ley, hay que destacar dos grupos de éstas: 1) Las normas de Derecho material que regulan el fondo del negocio plasmado; y 2) Las normas de Derecho formal que regulan la formulación del documento, y que cobran importancia de tal suerte que en la actualidad son académicamente impartidas en las escuelas y facultades de Derecho en forma autónoma de las primeras.

Aquí el notario, a diferencia de otro especialista legal, debe conocer profundamente tanto la legislación aplicable al fondo del asunto, como todas aquellas normas tendientes a la formalización del documento que contiene a dicho acto. El notario, dada su función preventiva de conflictos o de ser un preconstructor de elementos muchas veces argüidos en juicio, debe atender a los criterios de la jurisprudencia tratando de armonizar y agilizar de antemano la aplicación del Derecho por el órgano judicial (intérprete de la norma).

El notario deberá también aplicar la costumbre y los usos, muchas veces no reconocidos por la ley y por los tribunales pero esencialmente recogidos por las personas o entes que viven a diario un fenómeno de convivencia; aplicará la doctrina, cuya estructura científica modera y rige a las diferentes figuras en las que el notario encuadra un deter-

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial de Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 108.

¹² Ideas recogidas del discurso pronunciado por el licenciado Jesús Ledesma en la inauguración del primer curso de Diplomado en Derecho Notarial en el seno de la Universidad Nacional Autónoma de México, el día 8 de febrero de 1992.

minado planteamiento, y los tratados internacionales, que obligan al notario a conocerlos y a aplicarlos, en términos de nuestra Carta Magna, tomando esto mayor vida cuando la apertura de un país, como el nuestro, en este caso, favorece un tráfico documental entre varios Estados, teniendo eficacia los actos plasmados en varios de ellos.

Pasando a tratar el punto de la interpretación de la ley, debemos afirmar que la facultad de interpretar las leyes es prerrogativa inalienable de todo aquel que haya de aplicarlas y muy señaladamente de quien ejerce la función notarial, según dice Castán;¹³ teniendo en cuenta, de acuerdo a Savigny, los elementos gramaticales, lógicos, históricos, sistemáticos y yo diría también, teleológicos de la norma, razón por la cual se exige al notario una preparación prudente y muy especializada en materia jurídica, debiendo actualmente tener también una cierta preparación económica y sociopolítica. Así, ante esta facultad de interpretación, el notario debe indagar y valorar las normas y los principios que dan solución a los casos que se le plantean, modelando una masa jurídica que será presentada a las partes, a terceros y a los tribunales con "validez y eficacia constitutiva" según el decir de Núñez Moreno,¹⁴ creándose una norma individualizada, singular y concreta que rige a las partes a través de un contrato, y es aquí donde muchas veces el notario no se limita a aplicar normas, sino que cumple con su función de profesionista pensante creando y transformando nuevos tipos o figuras de relaciones jurídicas, dentro de los límites permitidos por la licitud; y así, se crea lo que De Diego nombra la "costumbre notarial"¹⁵ y lo que muchos tratadistas mencionan en un sentido doctrinal como la "jurisprudencia notarial", y es aquí, como ha quedado dicho, que el notario dentro de su laboratorio (su notaría) ajusta en cláusulas de estilo o en contratos innominados una voluntad o una realidad muchas veces no legisladas y que son finalmente aceptadas pasando a ser normas legales provocadas por la función transformadora y creadora del notariado.

Dentro del otro mundo, el mencionado de la aplicación del Derecho, el notario se enfrenta a graves problemas derivados de la transforma-

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 123.

¹⁴ *Idem*, p. 130.

¹⁵ DE DIEGO, "El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil Español", discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1918, pp. 82 y ss.

ción del mismo Derecho; así, el notario muchas veces tiene que aplicar a un solo acto una gran diversidad de leyes, las cuales debe conocer profundamente, toda vez que el notario tiene puntos de contacto con todas las disciplinas jurídicas y debe saber qué hacer en cada materia, dónde actuar, dónde no y cómo hacerlo; así podemos imaginar que un notario en un solo día de trabajo puede autorizar asuntos relacionados con el derecho hipotecario o el familiar, puede tener a su cargo la creación de una servidumbre o de un condominio, la adjudicación de los bienes de un quebrado o de un fallecido, la transmisión de derechos agrarios, el cálculo de diversos impuestos, la constitución de un fideicomiso en zona restringida, la creación de un grupo financiero, una emisión de obligaciones o bonos, la constitución de una hipoteca industrial, el protesto de un título de crédito o la certificación de hechos relevantes al Estado (ejemplo, las elecciones), sin dejar de tener en cuenta su labor social en favor de la comunidad más desprotegida, y esto sólo por poner algunos ejemplos.

Ante esto, el notario en primer término debe estar siempre al corriente en el estudio de las normas formales, esto es, del derecho notarial y del derecho registral, para lo cual debe haber una preparación desde sus bases en las facultades y escuelas de Derecho, y lo cual no es fácil en un Estado con gran proliferación legislativa como es el nuestro, donde se deben conocer infinidad de leyes, decretos, reglamentos, circulares y aun criterios internos, los cuales se transforman día a día, esto en materia meramente formalista, ya no digamos en la sustantiva, donde el notario debe enfrentarse a normas impotentes, muchas veces inaplicables u obsoletas, otras veces novedosas, y las cuales en la actualidad requieren para su comprensión el estar inmerso día a día en el ejercicio de una práctica constante en donde la proliferación de leyes y de disposiciones administrativas y fiscales obligan al notario a dar en primer término auxilio al Estado en la función fedante dada su especialización; de aquí que siguiendo a Gabino Fraga, como ha quedado dicho, el notario juega un papel dentro de la administración pública estatal correspondiente al de una descentralización por colaboración, es decir, el notario, sin ser un servidor público ni formar parte integrante del aparato burocrático del Estado, auxilia a éste en una de sus más importantes tareas, la de dar fe pública, y en un segundo término, a dar un servicio a la sociedad doméstica e internacional en la aplicación dinámica del Derecho, sirviendo siempre de fuente en la formulación de la Ley, toda vez que son los jurisperitos quienes cono-

recientemente han solicitado su ingreso a la Unión Internacional del Notariado Latino. A guisa de reflexión debemos agregar también como conclusión que es muy necesario intensificar la preparación de nuevos notarios, fortalecer la cátedra de derecho notarial y registral en las facultades y escuelas de Derecho e informar a la colectividad de los beneficios del notariado para que se acuda a éste con confianza y convencimiento.

Me tomo la libertad de recordar en este breve y sencillo trabajo a dos abogados que supieron inculcar en mí parte de su gran fervor y entrega al Derecho: a los licenciados Jorge Ríos Medrano y Manuel Borja Martínez, que de Dios gocen.

abrirse estos sistemas, se requiere que sus aparatos jurídicos se liberalicen y sus instituciones se adecúen a la novedad de sus cambios; y así, en el año de 1993 el notariado chino ha sido ya aceptado en la Unión Internacional del Notariado Latino y su ingreso será gradual; así mismo, el notariado ruso, a través del Ministerio de Justicia de la Federación Rusa, en el mes de julio de 1992, ha iniciado ya su proceso de ingreso a la mencionada Unión Internacional.

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Ricardo J. SEPÚLVEDA IGUÍNZ

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Las comisiones parlamentarias.* III. *Los derechos humanos.* IV. *La Comisión Nacional de Derechos Humanos.* V. *Su función complementaria.* VI. *Un caso específico: el artículo 97 constitucional.* VII. *Conclusión.*

I. PRESENTACIÓN

Por decreto del Ejecutivo, el 6 de junio de 1990 se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos. El decreto preveía la existencia de un organismo desconcentrado, parte de la Administración Pública Federal Centralizada, que se ocuparía por vez primera de la defensa de los derechos humanos en nuestro sistema.

Este acto, de incuestionable mérito, no hacía más que responder a un movimiento universal en favor de la protección de los derechos humanos. México se suma, pues, de esta manera, al resto de sistemas legales que prevén la existencia de organismos por la defensa de los derechos humanos. Hoy en día, un sistema legal que se jacte de estar actualizado, debe contemplar, si no la existencia de un organismo específico, *ad hoc*, al menos los medios de defensa extrajudiciales —efectivos— para hacer valer los derechos humanos fundamentales, frente a los actos violatorios de la autoridad.

La protección de los derechos humanos ha visto su mayor desarrollo en el Derecho Internacional. La acuñación del término se ha difundido más en los documentos que concluyen las innumerables asambleas multinacionales que han tratado el tema que en la terminología propia de nuestras asambleas constituyentes.¹ Esta presión internacional ha

¹ La Constitución de 1857 en su artículo 1o. se refiere a los *derechos del hombre*, como anteriores al Estado. El término *derechos humanos* es usado por vez primera en la reforma al artículo 102 inciso B.

captado a nuestro sistema y en la creación de este órgano administrativo se pretende encontrar la fórmula más efectiva de protección a los derechos humanos, es decir al hombre mismo.

El movimiento a que aludimos va teniendo alcances cada vez más amplios y, a la vez, adquiriendo mayor prestigio. Para algunos autores se ha convertido en un verdadero afán de protección de derechos, o en un "vicio" de crear instrumentos que protejan y garanticen la eficacia de esos otros organismos que, a su vez, fueron creados para proteger a los individuos, organismos que supervisan a otros organismos supervisores. Estamos frente a uno de los medios que la Doctrina ha sugerido para salvar la antigua dialéctica insuperable del Derecho Público: autoridad *vs* súbdito; Derecho *vs* Estado; soberanía *vs* limitación. Sin embargo, esta situación ha llegado a extremos en los que ya se puede hablar de la *ombudsmania* o del *hipergarantismo*, por el exceso de medios de protección.

De cualquier forma, como en nuestro sistema estas instituciones no han alcanzado tales magnitudes, por una parte, y por otra, es clarividente que debe reforzarse la protección de los derechos humanos, no hay por qué detenerse en este fenómeno de exceso, sino en las ventajas y características de las llamadas comisiones parlamentarias.

El 28 de enero de 1992 se publica la adición del inciso b) al artículo 102 constitucional. Con esto se asegura —con la rigidez de la Constitución— la existencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de organismos similares en las entidades federativas. El Congreso de la Unión, en uso de la facultad que el mismo artículo 102 le concede, promulgó la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que es, a su vez, reglamentaria del mismo artículo. Queda sin efecto el decreto de 1990 y deja de existir el organismo desconcentrado. Con esto se sale al paso de las severas críticas que recibió la existencia de aquel inadecuado y frágil organismo, robusteciéndolo y otorgándole una naturaleza más afín a sus características propias.

Con estos antecedentes podemos intentar adentrarnos en las cuestiones más debatidas sobre este organismo: Su naturaleza jurídica específica; su autonomía del órgano al que controla; sus facultades y las limitaciones constitucionales impuestas a su actividad; y finalmente, su efectividad jurídica.

II. LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS

Se remontan lejanos los antecedentes de las comisiones parlamentarias. Desde la antigua *polis* griega se contemplaba la existencia de organismos análogos. La necesidad de vigilar el desempeño de los recaudadores los llevó a proponer la existencia de funcionarios que recibieran las quejas de los ciudadanos. En Roma los *tribuni plebis* se constituían en organismos de protección de los derechos de los plebeyos, no frente a la autoridad en sí sino respecto a los patricios, pero sin dejar de ser un organismo de defensoría. Los juicios de visita y de residencia a los que se sometía a los funcionarios públicos durante la Colonia, tenían la misma finalidad, incluso el virrey era susceptible de ser sometido a este procedimiento de control: Las denuncias podían ser públicas y cualquier ciudadano tenía este derecho. Desde que la autoridad es autoridad y el súbdito, súbdito, ha sido necesario controlar la actuación de la autoridad.

El Derecho comparado ha sido artífice de innumerables fórmulas en defensa de los derechos fundamentales del hombre. La institución sueca del ombudsman ha marcado las características y rasgos fundamentales de estas comisiones parlamentarias. En España está prevista la existencia del defensor del pueblo, con facultades muy semejantes: en Estados Unidos de Norteamérica actúa el llamado *executive ombudsman*, etcétera, y aunque en realidad todos estos organismos persiguen la misma finalidad, varían en cuanto a sus características, facultades y parámetros de acción. Estas diferencias son las que buscaremos analizar para descubrir las verdaderamente adecuadas y propias, y las más eficaces, haciendo después un análisis comparativo con nuestra Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Las comisiones parlamentarias reciben esta denominación —parlamentarias— porque, en su origen, han dependido del órgano legislativo, y realizan una función de control frente a los actos del Ejecutivo. Esta imparcialidad frente al órgano que controlan, es indispensable para dar peso y fuerza a sus decisiones.

Cabe mencionar que en algunas legislaciones —por ejemplo en Venezuela— el órgano protector de los derechos humanos depende del Ejecutivo. Así ocurre en nuestro sistema, donde la CNDH es un organismo descentralizado que, aunque creado por ley del Congreso, forma parte de la Administración Pública Federal Descentralizada,²

² La Ley Orgánica de la Administración Pública señala en su artículo 45 que los

y es por lo tanto el Ejecutivo quien ejerce, en los términos de la ley aplicable, el control debido sobre esta dependencia. Obviamente el paso que se dio, de ser un organismo desconcentrado, sin personalidad jurídica, ni patrimonio propio, al de existir como organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, es sumamente adecuado; no obstante, señalamos la dependencia del órgano administrativo para un posterior análisis de las consecuencias que acarrea esta incorrecta ubicación.

Las comisiones parlamentarias han surgido para defender al súbdito contra los actos del órgano administrativo, y no frente a todos los actos de autoridad, porque la mayor parte de estos agravios proceden, al decir de Soderman, de ese órgano, donde el partidismo político y el crecimiento burocrático afectan la imparcialidad de su actuación.³

Hemos advertido la gran variedad que existe en cuanto a las características que tienen estos organismos, sin embargo es necesario detenernos en exponer los límites de esta necesaria flexibilidad, haciendo hincapié en la estructura esencial que les es propia, amén de no perder su capacidad de defensa.⁴

Primeramente hemos de señalar que las comisiones parlamentarias dependen del órgano legislativo. Venezuela es una excepción, lo es también nuestra legislación, pero la regla general es que se pretenda una formal independencia del órgano administrativo. La misma naturaleza de la función del órgano es la que nos ilustra sobre cuál debe ser su ubicación en el entramado gubernamental, por ese motivo pasaremos primero a este análisis, prometiendo volver posteriormente al problema de la autonomía del órgano.

Comenzaremos por preguntarnos qué naturaleza jurídica tiene el acto que realiza una comisión parlamentaria al ejercer la defensa de

organismos descentralizados serán creados por ley del Congreso o decreto del Ejecutivo, independientemente de la estructura legal que adopten.

³ SODERMAN, Jacob, *Ombudsmantelskich Parlamentario de Finlandia*. Conferencia dictada en Madrid, mayo de 1992. No editada.

⁴ Nos es útil incluir la descripción del ombudsman: "Es el organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano parlamentario, por el ejecutivo, o por ambos, los cuales, con el auxilio de personal técnico, poseen la función esencial de recibir e investigar reclamaciones por la afectación de derechos e intereses legítimos, e inclusive los fundamentales, de los gobernados, consagrados constitucionalmente, de manera esencial respecto de los actos u omisiones de autoridades administrativas, no sólo por infracciones de legalidad, sino también por injusticia, irrazonabilidad o retraso manifiesto". (FIX-ZAMUDIO, Héctor.)

los derechos humanos, es decir, desde el punto de vista material y formal qué especie de acto es.⁵ Para simplificar el análisis comenzaremos por referirnos al aspecto formal del acto. Recordemos que el aspecto formal se refiere al órgano que realiza el acto, por lo tanto, si la comisión en cuestión es un órgano dependiente del Legislativo, su acto será formalmente legislativo, y si, en cambio, dependiera del órgano administrativo, como es nuestro caso, su acto debe considerarse como administrativo. No mencionamos al órgano jurisdiccional porque no conocemos ningún caso en que el órgano protector dependa de él.

Así como el análisis formal no ofrece mayor complejidad, el estudio intrínseco es menos llevadero: ¿Qué efectos produce la recomendación —no vinculatoria— emitida por el órgano defensor? Hemos tenido que adelantarnos al afirmar que las recomendaciones emitidas por la comisión parlamentaria no tienen efectos vinculatorios, pero nos es indispensable para continuar con esta reflexión. Continuaremos preguntándonos si es o no un acto jurídico. La respuesta dependerá de que produzca o no efectos de derecho. En caso negativo habría que hablar de acto material,⁶ y zanjar la discusión definitivamente, pues en este supuesto el único criterio de distinción sería el aspecto formal. El punto neurálgico está precisamente en la falta de facultad coactiva para hacer cumplir sus determinaciones, lo que hace dudar de si realmente es un acto jurídico de autoridad, como lo son todos aquellos con los que se exteriorizan las funciones del Estado, en los que se manifiesta el *imperium* del Estado que obliga a cumplir.

Ahora bien, los actos son jurídicos cuando condicionan la aplicación de una norma jurídica que hasta entonces sólo existe como supuesto. La coacción es una consecuencia sólo del incumplimiento, pero no un dato real de la norma. Del hecho de que la comisión referida no tenga la mentada facultad coactiva, no se infiere que sus actos no sean jurídicos, dado que de sus recomendaciones (fase terminal de su actuación) sí proceden algunas consecuencias de Derecho, como son: el poder hacer público el desacato, servir de precedente para vigorizar el nivel de la próxima sanción, poder proceder a una denuncia ante las auto-

⁵ Para mayor abundamiento sobre los criterios de distinción material y formal respecto a los actos de autoridad, cfr. FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1986, pp. 26-37.

⁶ Los actos materiales aunque se incluyen dentro de los actos de autoridad, e inclusive ocupan un amplio sector de la actividad gubernamental, no son actos jurídicos. Cfr. FRAGA, Gabino, *ob. cit.*, p. 230.

ridades judiciales, etcétera; todo esto nos hace rematar que las recomendaciones que dicta el órgano son actos jurídicos.

Aún queda por preguntar qué naturaleza tienen estos actos jurídicos. Dados los efectos —singulares— habría que descartar la naturaleza legislativa. Nos queda por descifrar si son administrativos o jurisdiccionales. Los actos jurisdiccionales producen efectos singulares, dirimen un conflicto —jurídico— y no pueden ser modificados por ley. La "sentencia" es el acto típico jurisdiccional. Los actos administrativos operan en obediencia a una ley, producen efectos singulares, concretos, no permanentes, y tampoco pueden ser modificados por ley posterior. El punto de divergencia entre ambos está en el conflicto jurídico que sirve de precedente al acto. Cuando la comisión parlamentaria actúa, es precisamente porque hay un conflicto jurídico previo, que además pretende dirimirse con la intervención del órgano. Sin embargo, tal parece que aunque los términos de la recomendación que emite el órgano pretenden definir el derecho y dirimir el conflicto, esto no se logra, porque si la recomendación se acata, surte efectos, y por lo tanto se dirime el conflicto, no es por la fuerza del acto, sino por la buena disposición de la autoridad que obedece. Al carecer de fuerza propia para definir el derecho y dirimir el conflicto, la recomendación de una comisión parlamentaria no es un acto de naturaleza jurisdiccional. Por exclusión, los actos de la comisión son actos administrativos. Y la comisión —materialmente considerada—, es un órgano administrativo.

Nos gustaría detenernos un poco más en esta paradójica situación: Resulta que el órgano creado para obtener una defensoría de los derechos humanos frente a la autoridad administrativa, es un órgano formalmente administrativo, materialmente administrativo, y que realiza actos administrativos. No nos parece que se consiga la imparcialidad y autonomía buscada si no se le hace depender formalmente del órgano legislativo.

Con lo anterior queda argumentada la defensa en favor de comisiones parlamentarias que lo sean así formalmente.

Continuemos con las características vertebrales.

En segundo lugar, las decisiones de las comisiones parlamentarias no tienen fuerza vinculatoria, o dicho de otra forma, las comisiones no tienen facultades decisorias; preferimos la primera expresión porque en realidad sí emiten decisiones, aun cuando éstas no puedan ser impuestas por la vía coactiva. Una recomendación —tal es la termino-

logía normalmente utilizada— que pone fin a una averiguación por parte de la comisión puede ser acatada por la autoridad responsable involucrada. De ser así, no resaltaría la falta de fuerza en el dictamen; pero de la misma manera puede no hacerlo, y en este supuesto la ley no da mayores consecuencias al incumplimiento, con lo que no hay efecto vinculatorio para las partes.

La realidad es que estos órganos y sus decisiones, en el Derecho Comparado, no tienen fuerza vinculatoria, y por lo mismo, no cabe hablar de desjudicialización⁷ del órgano, porque nunca ha sido juez. Su actuación ha sido denominada, mejor, como actos de justicia conciliatoria intraprocesal. Y así, la ley prevé que una de sus primeras normas de actuación ha de ser la de buscar la conciliación entre los órganos.

¿Cuál será la razón por la que estos órganos han cundido universalmente, si frente a ellos existen los órganos judiciales, quienes además de las mismas características poseen también fuerza vinculatoria para imponer sus determinaciones? ¿Será que efectivamente el órgano jurisdiccional está empeñadamente desprestigiado, y se requiere de un órgano de novedad para restablecer la hegemonía de los derechos establecidos en ley? Este punto, de reflexión práctica, será materia de la última de nuestras ponderaciones.

En tercer lugar, si bien no goza de fuerza vinculativa, sí se puede hablar de una cierta facultad coactiva, dispersa en distintas manifestaciones de impacto o fuerza, ya sea directa o indirecta.⁸ Esta fuerza coactiva no es el sostén en las decisiones del órgano, pero indiscutiblemente colabora con su eficacia.

Dentro de estas manifestaciones caben las llamadas de impacto directo, que tienen como objetivo forzar a la autoridad, dentro del procedimiento o una vez concluido éste, para que cumpla con alguna de las fases procedimentales, o bien, reconsidere las consecuencias de su desacato: éstas son, por ejemplo, multas, comparecencias, aumentar el nivel de la sanción en caso de reincidencia, presentar el asunto ante los tribunales, o la que es la de mayor trascendencia, la destitución del funcionario responsable.

⁷ SODERMAN, Jacob, *ob. cit.*

⁸ La diferencia entre ambas estriba en la relación que guardan con el objeto mismo de la recomendación. Las acciones de impacto indirecto se convierten en amenazas futuras, en cambio los instrumentos de impacto directo fuerzan una acción en el presente.

Como facultad de impacto indirecto tiene fundamentalmente la de hacer públicas sus recomendaciones. El manejo de la opinión pública es quizá —hoy por hoy— el instrumento coactivo de mayor fuerza para estos órganos.

De sistema en sistema se ingenian mejores y más adecuados métodos de impacto o fuerza, para revestir a estos órganos; sin embargo, repetimos que por sí solos no bastan para que una Comisión de Derechos Humanos logre su objetivo. Es necesario hablar de la *auctoritas* o el prestigio de la Institución.

Si no gozan de facultad coactiva ¿de dónde procede su fuerza de imposición? Los sistemas legislativos cuidan minuciosamente la *auctoritas* de la comisión. Es éste el cuarto rasgo o característica. La *auctoritas* se identifica con la fuerza moral. Para reducir el punto de análisis, podríamos decir que la *auctoritas* es toda aquella fuente de autoridad distinta a la coacción. Por este motivo la accesibilidad —el fácil acceso— es una razón de prestigio o *auctoritas* para la comisión, aunque no sea precisamente una cualidad moral. Son, además, parte de esta *auctoritas*: la imparcialidad política, la publicidad de sus actuaciones, la eficiencia de su desempeño, la gratuidad de su actuación.

Complementa lo anterior el que los miembros de la comisión sean juristas de probada categoría.

Así como la estructura de la comisión debe darle, por sí, este prestigio, es fácil de colegir que la calidad con la que se desempeñe irá en favor o en detrimento del prestigio original.

Para un individuo al que se le presenta la posibilidad de hacer valer sus derechos frente a la autoridad jurisdiccional, o frente a una comisión de defensa, si la segunda le evita los inconvenientes del litigio, gastos, la tensión y los riesgos del mismo, no dudará en, al menos, comenzar por acudir a esta última. Máxime si lo actuado frente a ella no prejuzga ningún procedimiento judicial posterior. Ya se ve que la *auctoritas* es un dato de mayor importancia que la que quizá se le atribuye.

Finalmente, como quinta característica, se da la opción a que el órgano actúe a petición de parte o de oficio. Se descubre un punto más que lo distingue del órgano jurisdiccional, el que —salvo excepciones— actúa sólo a petición de parte agraviada, más aún cuando se trata de procesos de justicia constitucional, como son las violaciones a los derechos humanos.

Son estas las cinco características fundamentales de las comisiones parlamentarias, que nos servirán posteriormente para analizar la estructura de nuestra Comisión Nacional de Derechos Humanos y poder emitir un juicio valorativo sobre el modo como está legislada en la Constitución y en la ley reglamentaria.

Apartándonos de lo que son las características, nos corresponde indagar cuál es la materia de actuación de estas comisiones. Hemos dicho que actúan en defensa de los derechos humanos, pero cabe preguntar frente a quién, es decir, cuando éstos —los derechos de la persona— son violados por quién y en qué circunstancias.

Dada su posición complementaria, parajudicial, interviene frente a los actos administrativos que violan los derechos humanos.

Esto debe entenderse en sentido amplio, es decir, actos formal y materialmente administrativos. Se excluyen, por ende, los actos legislativos, independientemente de quien los emita, o los actos jurisdiccionales.

Sin embargo, la duda es si se excluyen también, por ejemplo, los actos administrativos realizados por el órgano legislativo o por el órgano judicial. Si nos atenemos al texto de nuestra Constitución, no quedan excluidos, pues expresamente se señala que los órganos protectores de los derechos humanos son competentes para conocer de actos de naturaleza administrativa *provenientes de cualquier autoridad*, luego puede ser el órgano administrativo o el judicial.

Con todo, la cuestión no es tan sencilla, porque inmediatamente añade: "Con excepción de los del Poder Judicial de la Federación", con lo que hemos de entender que los actos formalmente judiciales y materialmente administrativos no son de la competencia de la comisión. El artículo 7o. de la ley reglamentaria confirma lo anterior, exceptuando los actos del órgano judicial federal.

Con lo anterior, no se sabe en nuestra legislación cuál es el criterio a seguir para definir al autor de la violación: el formal o el material.

Obviamente no quedan comprendidos los actos del Constituyente, ni los de los particulares, pues ni uno ni otros son autoridades, y como ya se ha establecido, la comisión actúa frente a actos administrativos emitidos por la autoridad administrativa.

Es cierto, sin embargo, que algunas legislaciones han creado órganos para la protección de los derechos humanos frente a actos incluso

de los particulares;⁹ patentemente estos órganos son de naturaleza distinta y aunque muy meritorios nada tienen que ver con las comisiones parlamentarias, órganos de defensa de los derechos humanos u ombudsman.

III. LOS DERECHOS HUMANOS

Prosiguiendo nuestro análisis, nos corresponde preguntarnos qué se debe entender por derechos humanos, pues tal es la terminología utilizada por nuestra legislación.

Raramente, es más arduo esclarecer —hoy— este concepto que quizá otros de mayor especialización científica. Resulta que aunque todos aceptan la existencia de los derechos humanos, en su enumeración o en el modo de salir a su defensa, no hay tal concordia. Más aún, no hay en esta civilización enemigos ideológicos de la persona humana, lo que sí abunda son ignorantes prácticos, desconocedores de los llamados derechos fundamentales del hombre, e incapaces de argumentar ni en pro ni en contra.

Afortunadamente, es larga la evolución que este concepto ha tenido, y no son escasas las afrentas que se le han inferido, desde los gnósticos espiritualistas, hasta los regímenes totalitarios materialistas. En fin, que es ahora tiempo de procurar, no sólo establecer órganos suficientemente dotados de facultades para defender a la persona humana, sino promover una conciencia a favor de la persona y de todos sus derechos.

La mayor parte de las legislaciones no hacen un intento por definir los derechos humanos, sino que los identifican con los derechos —legales— que la Constitución otorga a los individuos, y que suponen un límite a la actuación de la autoridad. Con esto vienen a coincidir los derechos humanos con los derechos reconocidos en ley, cuestión que nos parece altamente delicada.

Nuestra legislación federal, ante el silencio de la Constitución, trata de precisar el término, más que atendiendo al *quid*, esto es a la naturaleza intrínseca, refiriéndose al *quod*, es decir el modo o forma en que se perjudican esos derechos.¹⁰ Hay una violación a los derechos

humanos no sólo porque se deje de cumplir una ley, sino porque se cumpla con irracionalidad o con retraso. De esta manera, si una autoridad afecta a un particular por "irracionalidad", o por "retraso evidente", entonces una Comisión de Derechos Humanos es competente para conocer del asunto; y no lo sería, por no estar atentando contra el principio de legalidad, un órgano judicial. En cambio, si lo que existe es, por ejemplo, incompetencia, o la ausencia de un elemento del acto, entonces corresponde al órgano judicial intervenir, pero también a la Comisión de Derechos Humanos, pues aunque lo que se contraría es el principio de legalidad, de cualquier manera es un atentado contra los derechos humanos. Como se aprecia, la intervención de las comisiones parlamentarias es mucho más amplia que la del órgano judicial. Esta diferencia es la que provoca que la Comisión de Derechos Humanos pueda intervenir de oficio.

Decíamos que identificar derechos humanos con derechos reconocidos en la Constitución es, al menos, una audacia demasiado optimista, porque sería tanto como suponer que efectivamente la Constitución contiene, de la manera correcta, todos los derechos que al hombre, en cuanto a su naturaleza, le corresponden. La experiencia misma, el carácter histórico-político de toda Constitución, no nos permiten esa ingenuidad.

El Reglamento de la CNDH da como definición de éstos "aquellos derechos inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano". La definición nos parece válida. Es llamativo que después de ser tan categórico en definirlos, no haya ordenamiento que trate de enumerarlos. En principio, si son de todos los hombres, y derivan de su naturaleza, deben tener una aceptación universal, luego no debe ser tan dificultoso tratar de enlistarlos. Lo que sucede, nos parece, es que, aunque existe el benemérito deseo de defender a la persona de la manera más integral, y por lo tanto abarcando toda su fisonomía existencial, en realidad un órgano de éstos no puede ampliar su campo de conocimiento más allá de lo que el Derecho mismo le da como fundamento. Lo que es lo mismo decir que para la Comisión de Derechos Humanos no hay más derechos que los reconocidos en la ley, y por lo tanto está por demás enumerarlos o intentar clasificarlos.

modo como se verificó la violación, independientemente de cuál sea el derecho afectado, o el agravio causado.

⁹ La Procuraduría de Protección al Consumidor o la Defensoría de los Derechos Universitarios creada en 1985, son ejemplos de organismos de esta clase.

¹⁰ De esta forma se distingue la competencia de uno u otro órgano, según el

Expliquémoslo de otra manera: Si una autoridad, en uso de sus facultades, realiza un acto, y éste es conforme al derecho legislado, en nuestro Estado moderno no hay fundamento constitucional para dejar sin validez ese acto. Obviamente puede revocarse, pero la revocación es ya un acto distinto, no una anulación del acto viciado, y procede por razones extrínsecas al acto en cuestión.

A pesar de los inconvenientes que pueden encontrarse a esta falta de delimitación, es oportuno hacer ver su aspecto positivo, pues entonces, al no haber una clara diferencia entre derechos humanos y derechos legales, la legislación tiene la imperiosa necesidad de reflejar y proteger al hombre tal como éste es según su naturaleza. Lo que es lo mismo: los derechos humanos deben estar contenidos en la legislación positiva.¹¹

En algunas legislaciones se ha intentado ampliar este concepto —el de los derechos protegidos— más allá de las garantías constitucionales, queriendo incluir los derechos reconocidos a nivel internacional.¹² Aunque plausible, en el caso de nuestro Derecho es inadmisibles porque los tratados internacionales sólo producen efectos jurídicos a nivel interno cuando concuerdan con lo que la Constitución establece: un derecho reconocido en una convención internacional pero desconocido por nuestra Constitución, no puede ser fundamento para alegar la ilegalidad o cualquier otra forma de violación por parte de la autoridad.

La peculiar naturaleza de los actos emitidos por las comisiones parlamentarias, su falta de carácter vinculatorio y la reducida importancia práctica-jurídica, hacen que muchas de las argumentaciones expuestas operen con flexibilidad, y merezcan ser paliadas.

Aceptando, sin embargo, que efectivamente los derechos humanos coinciden con las garantías individuales,¹³ habría que concluir que

¹¹ Nos parece oportuno traer a colación una aportación sobre esta distinción: "Inferimos que los artículos 20. a 29 de la sección 1, no designan los derechos del hombre, sino las garantías que la misma Constitución acuerda para hacer efectivos aquellos." LOZANO, José María, *Estudios de Derecho Constitucional*, 3a. ed., México, 1980, Ed. Porrúa, p. 125.

¹² El Proyecto de Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Jalisco, incluía en su artículo 30. los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los contenidos en tratados, convenciones y acuerdos internacionales en los que el Gobierno Federal forme parte.

¹³ Jorge Carpizo nos aporta un primer elemento de distinción precisa entre ambos conceptos: "Mientras que los derechos humanos son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas", *La Constitución Mexicana de 1917*, 3a. ed., México, UNAM, p. 154.

durante una suspensión de garantías individuales por parte del Ejecutivo, no podrían afectarse los derechos humanos, al menos en cuanto a los derechos suspendidos, y ni la autoridad judicial, ni la comisión parlamentaria podría atender las instancias de parte presuntamente agraviada. No deja de ser peculiar la situación que mencionamos, que se podría llamar de derechos humanos suspendidos, pues como ya lo dijimos en alguna parte, los derechos humanos derivan de la naturaleza humana, lo son siempre, no son obra de concesión, y sin embargo el Ejecutivo puede, con aprobación del Congreso, y llenando lo establecido por la Constitución, hacer inoperante a la Comisión Nacional de Derechos Humanos durante una situación de emergencia.

Una vez expuesto lo anterior, pasaremos a analizar nuestra Comisión Nacional de Derechos Humanos.

IV. LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Nuestras líneas maestras se encuentran en el artículo 102 constitucional, inciso B).

El término utilizado por nuestra Constitución es el de *organismos protectores de los derechos humanos*, para referirse a los órganos que desarrollarán esta función. Se utiliza por primera vez en nuestra Constitución el término derechos humanos, aunque no se especifica su significado (ya hemos expuesto nuestra opinión al respecto). La Constitución tampoco define qué naturaleza han de tener estos órganos, dejando a cada una de las legislaturas la tarea de buscar su mejor estructura.

Un límite que la Constitución señala es que las recomendaciones que dicte el órgano han de ser autónomas; el sentido de esto no es el de que las dicte por sí mismo —el órgano— pues eso es incuestionable, sino que el órgano ha de gozar de autonomía respecto a los órganos primarios de poder. El cómo conseguirlo no lo concreta nuestra Constitución, ni tampoco define cuál ha de ser el grado de autonomía, porque mientras no surja como un cuarto poder, algo de dependencia existirá.

Continúa el artículo 102 diciendo que estos organismos actúan en contra de violaciones administrativas. Se deduce que ni los actos legislativos, ni los jurisdiccionales —ni mucho menos los actuados por particulares— son de su competencia. La duda cabe en tratándose de

violaciones administrativas llevadas a cabo por el Congreso de la Unión, por ejemplo. Nuestra opinión quedó expuesta al hablar de la naturaleza propia de los actos que realiza la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en donde concluimos que deben quedar comprendidos, aunque por expresa disposición constitucional y legislativa se exceptúan los del órgano judicial federal.

Sin embargo, no todas las violaciones administrativas proceden; la Constitución exceptúa las ocurridas en tres materias: a) Asuntos jurisdiccionales; b) asuntos laborales; c) asuntos electorales.

Respecto a la primera limitación, nos parece totalmente lógica porque lo que precisamente se trata de evitar es crear otra instancia jurisdiccional, y dado que sus resoluciones no tienen carácter obligatorio, es absurdo que se le dé intervención en asuntos jurisdiccionales de fondo.

Respecto a la materia laboral, se sobreentiende que los organismos creados por ley: Procuraduría de la Defensa del Trabajo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje cumplen esta función, por lo que sería dificultar más la solución, por avenencia, de los conflictos laborales.

Donde no se encuentra la misma claridad es en relegar los asuntos electorales. ¿Qué no es la materia electoral un campo donde las reclamaciones, por violaciones a los derechos humanos, más se presentan? Es innegable que sí; luego por qué no hacer intervenir a la Comisión de Derechos Humanos. La razón no tiene fundamento lógico-jurídico, no puede argumentarse que la Suprema Corte de Justicia ya tiene esa facultad otorgada en el artículo 97 párrafo 3o., porque este supuesto es cuando se duda de la legitimidad de *todo* el proceso electoral, no de una violación concreta. Ni siquiera la existencia del Tribunal Federal Electoral¹⁴ puede ser argumento, pues la existencia de tribunales administrativos no excluye la intervención de una comisión parlamentaria, como no sucede en todas las demás ramas donde nuestra legislación ha creado un tribunal administrativo. Además, este tribunal electoral no es la última instancia en los asuntos electorales, por lo que con mayor razón debe darse cabida a la intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

¹⁴ El artículo 41 constitucional define al Tribunal Federal Electoral como un tribunal autónomo, órgano jurisdiccional en materia electoral. Sus determinaciones, atendiendo a lo establecido por el artículo 60 de la Constitución, pueden ser modificadas por los respectivos Colegios Electorales.

Pueden argumentarse razones de otra índole: políticas, prácticas, etcétera, las que muy probablemente sean de suficiente peso, pero que no nos corresponde por ahora analizar; y dejando asentado lo anterior, continuamos con lo que la Constitución establece.¹⁵

La Constitución no señala la naturaleza concreta que han de tener estos organismos, es decir, se dice que corresponde a una ley —federal y local, cada una en su ámbito— crear estos órganos, pero no detalla más su naturaleza, lo que a nuestro gusto convendría, para asegurar más su autonomía. Es más, en tratándose de la Comisión Nacional, la Constitución tampoco prevé el modo de designación del Presidente de la misma, por lo que debe aplicarse la fracción III del artículo 89 constitucional, la que establece que a falta de reglamentación constitucional se debe aplicar la ley. Corresponde, por tanto, a la ley señalar este procedimiento. El inconveniente es que el legislador ordinario podría afectar la autonomía característica esencial de este órgano, al no tener limitación en la Constitución. En todo el artículo 102, inciso B), no se habla siquiera de esta autonomía, en todo caso, se establece que las decisiones deben ser autónomas, que quiere decir tomadas por ella misma, cosa por demás evidente, pues sus decisiones son suyas, y a nadie se le ocurre que deban ser ratificadas por otro órgano; sin embargo, a nivel constitucional no se salvaguarda la autonomía que radica fundamentalmente en dos aspectos: el nombramiento o designación y las causas de remoción. Repetimos que no es la Constitución la que regula estos elementos. Ya veremos cómo lo hace la ley.

Establece nuestro texto constitucional que las recomendaciones emitidos por la Comisión no son vinculatorias, es decir, no modifican el acto violatorio. De esta manera evita la Constitución crear una instancia jurisdiccional más. En este punto algunas legislaciones han revestido a la Comisión de mayores facultades, entre ellas la de dejar sin efectos el acto, además de poder destituir al funcionario. Esta regulación implica otorgar facultades para crear situaciones jurídicas individuales, resolviendo un conflicto, por lo que se les da el carácter de órganos judiciales. Sin embargo, esta posibilidad de dejar sin efectos el acto sólo procede cuando la violación es *flagrante*, es decir, que no requiere de una interpretación judicial, por lo que el acto es administrativo, de mera ejecución, y no jurisdiccional. En nuestro punto

¹⁵ "La evolución hacia una verdadera jurisdicción especializada se advierte en la creación del Tribunal Federal Electoral, en las reformas constitucionales de agosto de 1990." (FEX ZAMUDIO, Héctor.)

de vista esta diferencia no se sostiene, el acto sigue siendo jurisdiccional, pues el punto de distinción entre los actos administrativos y jurisdiccionales —ambos de ejecución— no son los efectos que producen, sino el antecedente, es decir el conflicto jurídico que resuelven. En el caso que analizamos existe el conflicto y por tanto es un acto jurisdiccional. Esto no es óbice para que nos adhiramos a que en algunos casos esta Comisión pueda efectivamente realizar actos jurisdiccionales con ciertos límites.

El artículo 102 inciso b), en este punto es concorde con el artículo 49, pues la Comisión Nacional de Derechos Humanos es un órgano administrativo, que realiza actos administrativos, tuvo cuidado el Constituyente Permanente de respetar el principio de división de órganos de poder.

Finalmente, añade la Constitución otro adjetivo, y es que las recomendaciones son públicas. Con esto pretende dotar de fuerza a estos órganos. Los funcionarios buscarán siempre la buena opinión pública, presupuesto del prestigio político. Es en verdad una de las razones por las que hasta ahora más impacto han tenido las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional.

Hasta aquí las líneas fundamentales que la Constitución le señala a la Ley Reglamentaria del artículo 102, la que a su vez, por el principio de reserva de ley debe abarcar en su regulación todos los aspectos relativos, a fin de que el Reglamento que expida el Ejecutivo no exceda los límites de su particular naturaleza.

La Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a la que llamaremos "la Ley" llanamente, conceptúa a la Comisión como un organismo descentralizado, así lo declara el artículo 2, y por lo tanto se le aplica la legislación relativa a estos organismos, la Ley Federal de Entidades Paraestatales principalmente. Como advertimos anteriormente, resultaba un despropósito revestir a la Comisión de la naturaleza de un organismo desconcentrado, porque además de que su autonomía es sólo territorial, de ninguna manera jurídica, su creación era obra exclusiva del Ejecutivo, lo mismo que su modificación o incluso su extinción. El que ahora sea un organismo descentralizado mejora la situación; no lo abstrae de la administración pública, pero le da personalidad jurídica propia: aun así, atendiendo a lo establecido por la Ley Federal de Entidades Paraestatales, en cuanto al objeto de estos organismos, nos parece que no es ésta la naturaleza que le corresponde. El artículo 14 de la Ley Federal de Entidades

Paraestatales señala, en sus tres fracciones, que los organismos descentralizados tendrán por objeto: prestar un servicio público, actuar en una de las áreas estratégicas o prioritarias definidas por la Constitución o por el Congreso Federal, o bien, favorecer la obtención de recursos para fines de asistencia. Como se ve, la Comisión no cabe exactamente en ninguno de estos supuestos, con lo que formalmente es un organismo descentralizado, pues ha sido creado por Ley del Congreso, pero no contiene alguno de los objetos que la misma Ley prevé.¹⁶

El nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, le corresponde al Ejecutivo, con aprobación del Senado, situación similar a lo establecido para los ministros de la SCJ, sin embargo el cargo de Presidente no es vitalicio,¹⁷ y sólo es renovable por dos periodos. Para su destitución se aplica lo establecido en el Título IV de la Constitución y su Ley Reglamentaria. Con lo anterior consideramos que la autonomía sigue siendo parcial. Sería de desear que se añadiera a la fracción III del artículo 89 al Presidente de la Comisión para darle mayor fijeza a la autonomía.

Es llamativo que el artículo 23 de la Ley exija a los visitadores tener título de licenciado en Derecho, y al menos tres años de ejercicio, y no lo haga, en el artículo 9o., para el presidente. Tengamos presente que los derechos humanos se identifican fácticamente con los derechos reconocidos en ley, luego el presidente ha de ser un perito en Derecho.

En el listado de facultades que el artículo 6o. concede a la Comisión, se señala la de proponer modificaciones legislativas o nuevas prácticas administrativas, que redunden en la mejor protección de los derechos humanos. De hecho así ha sucedido;¹⁸ sin embargo, en atención a su función, a su prestigio y mayor impacto ¿no cabría otorgarle facultad de iniciativa de ley, tal como la tiene el Ejecutivo? Siendo la Comisión un órgano de control de la legalidad, y al no tener fuerza vinculato-

¹⁶ En nuestra legislación administrativa, el criterio material para distinguir a los organismos descentralizados no ha sido generalmente relevante, si lo es en cambio el aspecto formal, que la Ley creadora cuida de dejar bien claro.

¹⁷ En el Estado de Guerrero el Presidente tiene el carácter de inamovible hasta su jubilación, y sólo puede ser destituido por causas de responsabilidad (artículo 13 de la ley respectiva).

¹⁸ Puede destacarse el anteproyecto de reformas legislativas que formuló la Comisión con la asesoría de destacados juristas mexicanos, y que sirvió de base para las posteriores reformas a los Códigos Federal y Distrital de Procedimientos Penales que entraron en vigor en 1991.

ria, nos parece razonable que se le otorgue esta facultad. Añádese a lo anterior la inopinable autonomía que ganaría frente a los demás órganos.

Anualmente, el presidente de la Comisión debe enviar un informe de las actividades de la Comisión. Este informe debe dirigirse tanto al Congreso de la Unión como al órgano ejecutivo. Con esto se resalta la dependencia dual que tiene este órgano.

La Ley, preocupada de facilitar la actuación de la Comisión, señala en su artículo 58 que la tramitación del recurso de inconformidad será *breve y sencilla*, las denuncias (artículo 25) se pueden presentar directa o indirectamente, incluso por menores de edad. El plazo de prescripción es de un año. La denuncia —siendo urgente— puede presentarse por teléfono, o por fax, siempre y cuando se suscriba y se ratifique posteriormente. Con todos estos rasgos se busca dar ese tono de informalidad, o de facilidad, que le es propio a este tipo de órganos, y que los distingue ostensiblemente de los órganos jurisdiccionales.

Mucho se ha divulgado la originalidad que supone, en la conformación de estos órganos, la existencia de un Consejo, que tiene facultades de asesoría, consulta, supervisión, pero fundamentalmente pretende dar prestigio a la Comisión, por la calidad insigne de sus miembros. Corresponde a este Consejo aprobar el Reglamento interno. El nombramiento de consejero recae en el Presidente de la República con aprobación del Senado. De esta forma sirve de contrapeso a la fuerza que puede llegar a adquirir el Presidente de la misma. Es un órgano de consulta obligatoria (artículo 19 fracción IV de la Ley).

Para concluir este análisis de la regulación, tanto constitucional como legislativa, queremos señalar un peculiar caso de concurrencia establecido por la ley. En principio el campo de actuación de la Comisión Nacional no coincide con el de las comisiones locales, en último término la competencia se define según el órgano que realiza la violación y la disposición legislativa que se está malaplicando; si es federal le corresponde tramitarlo a la Comisión nacional, si es local a las comisiones estatales. Durante el tiempo que no existan comisiones locales, la Comisión nacional puede avocarse a conocer estos asuntos, una vez creado este órgano estatal, debe entenderse que la Comisión nacional es incompetente (artículo 2o, Transitorio), salvo que la Comisión considere que el asunto es importante, porque entonces es com-

petente y puede *atraer* ese asunto. Se da así un caso de concurrencia en el que conocen ambas comisiones, en asuntos que son de materia local.

Son estos los rasgos legislativos que, para nuestros efectos, interesa resaltar y pasaremos a adentrarnos en las características y la importancia de la función que los organismos protectores de los derechos humanos realizan.

V. SU FUNCIÓN COMPLEMENTARIA

Ya se ha hecho suficiente alusión a que la Comisión de Derechos Humanos no es un órgano judicial de mayor instancia, ni sus actos tienen fuerza vinculatoria, ni pretende ser un cuarto poder constitucional. Su función es complementaria a la que realiza, como controlador de la legalidad, el órgano jurisdiccional.

En la crítica más severa a la Comisión Nacional de Derechos Humanos se yergue la figura del amparo, la que, se dice, es suficientemente valiosa como para no bastarse a sí misma, y ser el principal instrumento de control constitucional y legal. ¿Para qué crear otro órgano que realice la misma función? Más lógico parecería invertir todo este esfuerzo en revitalizar los instrumentos ya existentes, que de otra forma amenazan perder prestigio y credibilidad.

La experiencia en el Derecho Comparado, y ya también en el nuestro, manifiesta que se trata de funciones diversas, la jurisdiccional y la de la Comisión, y por lo tanto complementarias. No tanto por defecto de las anteriores, sino por la evolución que ha ido teniendo el órgano administrativo, que día a día amplía sus campos de acción y sus facultades discrecionales. En defensa de los instrumentos judiciales hay que decir, que no es por defecto de ellos, sino por circunstancias supervenientes, por las que se justifica la existencia de la Comisión de Derechos Humanos.

No es que hasta ahora nos importen los derechos humanos, o que hayan surgido otros, simplemente es que las facultades del órgano administrativo, y por lo tanto su intervención, han crecido enormemente.¹⁹

¹⁹ "Este fenómeno responde a una necesidad del Estado Social de Derecho, en el cual se observa un crecimiento desorbitado de la Administración Pública". Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor "La Justicia Constitucional", en *Estudios Jurídicos en torno a la*

En todo el sistema constitucional la actividad del órgano administrativo queda bajo la vigilancia del órgano judicial. La única excepción a lo anterior son las llamadas facultades discrecionales, que por no estar bajo el principio de legalidad, no están tampoco sometidas al control constitucional. Los actos que realiza el órgano administrativo en uso de estas facultades, si quedan en cambio sometidos al control de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Al efecto el artículo 44 de la Ley señala que una vez concluido el procedimiento se extenderá un acuerdo; si éste es de responsabilidad, deberá determinar la concreta violación a los derechos humanos, fundándose en que se trata de actos u omisiones ilegales, pero también, irrazonables, injustos, inadecuados o erróneos, o al menos rezagados. Un acto discrecional no puede ser ilegal, pero sí puede ser inadecuado o erróneo.

¿Quiere decir que será la mera apreciación subjetiva la que determinará la contraposición a los derechos humanos? No podríamos aceptarlo, equivaldría a quitar seguridad jurídica a la actuación de la autoridad, además de que no basta con que se realice un acto, por ejemplo irracional, sino que además debe causarse un daño a un derecho humano, y como ya lo afirmamos, ese derecho debe estar recogido por la ley, luego es el principio de legalidad, más que el simple sentido común, el que debe guiar la actividad de una Comisión parlamentaria.

Recordemos sin embargo que en nuestro Derecho no existen casos de discrecionalidad absoluta, pues incluso en el artículo 29 y 131 se prevé que el Congreso tenga intervención en los actos del Ejecutivo.

No es la ley ni la Constitución las que definen cuáles son los derechos humanos, y por lo mismo la ambigüedad queda latente y a merced de la interpretación subjetiva.

En un primer término la Comisión ha de buscar la conciliación entre las partes, siendo de esta manera un órgano arbitral más que jurisdiccional; en su defecto, debe emitir una recomendación o bien un acuerdo de no responsabilidad. En cualquier caso su determinación no es vinculatoria para las partes. La ley establece en su artículo 47 que en contra de los acuerdos definitivos de la Comisión, no procede recurso alguno, esta disposición carece de efectos prácticos, pues así

como los acuerdos de la Comisión no producen efectos jurídicos obligatorios, tampoco se entiende para qué hacer valer un recurso posterior.

De cualquier forma se reviste al órgano de algunas formas de coacción o impacto indirecto que le dan mayor fuerza a su actuación; tiene la facultad de comparecencia —artículo 45—; puede denunciar faltas o delitos que conozca por razón del procedimiento de que se trate; puede solicitar la amonestación pública o privada al funcionario de que se trate; y finalmente, la publicidad de sus recomendaciones y de la aceptación o no de parte de la autoridad responsable. Para algunos, es esta última la característica de mayor fuerza de la que goza la Comisión.

Llama la atención que el artículo 35 faculte a la Comisión para declinar su competencia, cuando así lo considere conveniente, para preservar la autonomía de la Institución. No vemos justificación en otorgar una facultad de esta índole, cuando de lo que se trata es de crear un organismo suficientemente autónomo que no se vea objetado por la influencia externa y pueda así ser paladín en la defensa de los derechos humanos.

Los campos en los que la Constitución consideró, por distintas razones, necesario excluirlos de la competencia de la Comisión ya están señalados, por lo tanto no hay justificación para darle esa posibilidad de excusarse.

Para concluir el análisis sobre la función concreta que desempeña la Comisión, nos referiremos a la prohibición expresa contenida en la fracción IV del artículo 7o. de la Ley. La Comisión no podrá conocer de consultas formuladas ya sea por autoridades, particulares u otras entidades, sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales. ¿Cuál es la justificación de lo anterior, y qué tanta razón hay en prohibirlo? La justificación es que la defensa de los derechos humanos tiene que proceder frente a actos materialmente administrativos, no legislativos, y una interpretación de esa índole recaería sobre actos legislativos.

VI. UN CASO ESPECÍFICO

El artículo 97 constitucional concede a la Suprema Corte de Justicia una facultad de investigación, en la que muchos autores han encontrado la adopción del ombudsman en nuestro sistema constitucional.

Ya nos referíamos a él cuando mencionamos la exclusión de la materia laboral en el artículo 102, y lo oponíamos a lo establecido por el artículo 97 párrafo 3o. Ahora nos corresponde mirar a lo que establece el mismo numeral en su párrafo anterior. En concreto establece que la Suprema Corte de Justicia puede nombrar a uno de sus miembros, o a algún juez de Distrito o Magistrado de Circuito, por sí misma o a petición del Ejecutivo, del Congreso o el gobernador de un Estado, para que averigüe hechos que constituyan una grave violación de una garantía individual.

Efectivamente hay puntos paralelos en ambas situaciones. Por una parte existe una violación a una garantía individual, frente a la cual una autoridad distinta a la que realizó el acto, pudiendo hacerlo de oficio, lleva a cabo una averiguación. Todo este proceso se parece, al menos en apariencia, a lo que realiza una Comisión parlamentaria. Sin embargo, el punto a dilucidar son los efectos que produce la averiguación, o el cauce que pueden tomar las conclusiones a las que llegue la autoridad en cuestión. Por ahora prosigamos analizando lo que establece el artículo 97 constitucional.

En la situación que plantea la Constitución, se da una violación a una garantía individual, podríamos entender por esto un derecho humano, y se concede facultad a la Corte para que inicie un procedimiento de averiguación. Ahora bien ¿qué efectos puede tener esta averiguación? Obviamente no es un procedimiento jurisdiccional, pero tampoco se dice que la Suprema Corte pueda hacer públicos sus resultados, ni remover al funcionario en cuestión, ni dejar sin efectos el acto. Luego ¿qué razón tiene este artículo constitucional? En todo caso ¿procederá una recomendación a la autoridad responsable? Nos parece que no sería propio del más alto tribunal concluir en una mera recomendación.

Nuestra interpretación es que la facultad de la Suprema Corte de Justicia se refiere sólo a actos del órgano jurisdiccional, no a actos del órgano administrativo, y la facultad de averiguación puede desembocar en lo previsto por la Ley Orgánica del órgano judicial o por la Ley Federal de Responsabilidad de Funcionarios, por lo que podemos concluir que la facultad de investigación no tiene nada que ver con el ombudsman, ni con las comisiones parlamentarias, y que por lo mismo la Comisión Nacional de Derechos Humanos no estaba ya prevista en la Constitución.

VII. CONCLUSIONES

En estas conclusiones pretendemos, sin repetir lo dicho anteriormente, reunir las recomendaciones que han ido quedando dispersas a lo largo de este ensayo, y que a nuestro entender, son necesarias para terminar de revestir a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de las características que le corresponden por naturaleza y que le convienen para realizar más eficazmente su función.

Somos concientes de que algunas de ellas ameritarían una mera adición legislativa, pero otras en cambio requerirán de una reforma profunda, incluso de una reubicación constitucional; sin embargo, como el objetivo es ser radicales en la defensa de los derechos humanos, sin paliativos ni eufemismos, hay que postularse por una cabal protección de la persona humana.

Nuestras observaciones son:

1. Debe asegurarse más la independencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos respecto del órgano Ejecutivo. Para lo cual es conveniente que deje de ser un organismo descentralizado y dependa por completo del órgano legislativo. El nombramiento del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos debe corresponder por tanto al Congreso de la Unión.
2. En cuanto a su movilidad, parece más adecuado que el de presidente sea un cargo inamovible, como lo son los de los ministros de la Suprema Corte de Justicia. Recomendemos que se le exija el título de abogado y un mínimo de ejercicio profesional.
3. Para revestir de mayor fuerza sus determinaciones, podría dársele acceso directo a la prensa, para publicar algunas de sus recomendaciones, especialmente cuando se trate de recomendaciones no acatadas.
4. En cuanto a su facultad coactiva, puede añadirse la facultad de destituir al funcionario(s) involucrado, en casos de reincidencia.
5. Finalmente, postulamos que se otorguen efectos vinculativos a sus decisiones, cuando la violación a los derechos humanos sea flagrante por parte del Ejecutivo, y que por lo mismo no haya necesidad de llevar a cabo una labor de interpretación.
6. Es conveniente definir con mayor precisión qué se entiende por derechos humanos, y señalar cuáles quedan englobados dentro de este concepto.

REFLEXIONES PARA UNA REFORMA JUDICIAL EN MÉXICO

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos procesales*. III. *La profesión judicial*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente diez años en México se vienen dando una serie de reformas a la vida pública del país, como resultado, en primer lugar, de la profunda crisis que atraviesa la región latinoamericana, y, en segundo lugar, como resultado de la influencia de la tendencia mundial denominada neoliberal.

Esta serie de reformas se han hecho más patentes a partir de diciembre de 1988, cuando asume el cargo de presidente de la República el licenciado Carlos Salinas de Gortari, en que se plantean reformas radicales a ciertos tópicos que la mitología política mexicana pensaba eran intocables, como por ejemplo: la reforma agraria o las relaciones Iglesia-Estado, creencia que la misma realidad se ha encargado de desmentir.

Sin embargo, hay una reforma que se ha quedado en el tintero, y que día a día se nos presenta más urgente, nos referimos a la reforma judicial. Efectivamente, la impartición de justicia en México responde a una organización complicada, anquilosada y muchas veces corrupta, que parece irreformable porque los primeros enemigos del cambio son los funcionarios judiciales. Por otro lado, existe un clamor por parte de los profesionales del foro a favor de tan necesaria reforma judicial, el cual esperamos pronto sea oído.

No todo es negativo, pues también tenemos que aceptar que han habido en los últimos diez años algunos cambios en ese aparato de administración de justicia; sin embargo, tenemos que señalar que los mismos son a todas luces insuficientes.

En principio parecerá muy negativo nuestro planteamiento, sin embargo, consideramos que nuestra denuncia debe aparecer muy vehemente porque si no corremos el riesgo que se nos pase el tiempo de cambio en nuestro país y no logremos la tan anhelada reforma judicial.

II. ASPECTOS PROCESOS

La legislación procesal mexicana ha vivido y sigue viviendo de la tradición procesal española, particularmente de la Tercer Partida, salvo algunas excepciones, responde a un procedimiento escrito y formalista donde si bien el juez está dotado de amplias facultades, la mediatez que lo caracteriza hace que prácticamente no las ejercite y se vuelva un procedimiento predominante dispositivo, siendo, lógicamente, la más importante la prueba documental.

La única excepción a este principio predominante de procedimiento escrito la constituye el proceso laboral; sin embargo, aquí tampoco se da la inmediatez ya que las audiencias las presiden los auxiliares de los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje, los que finalmente no dictarán la resolución final del llamado laudo.

Otra situación peculiar de la administración de justicia mexicana es la de los llamados secretarios de estudio y cuenta y proyectistas, quienes son los que elaboran los proyectos de resolución a jueces, magistrados y ministros, son los que realmente hacen las sentencias, que aunque revisadas —se supone— por los titulares, son estos funcionarios los que efectivamente estudian los autos y redactan la sentencia, debiéndose limitar sólo a lo primero.

Los abogados no informan más que por escrito y si se entrevistan personalmente, el vulgarmente llamado "litigio de oreja", no lo hacen frente a la contraparte, ni tampoco frente a todo el tribunal tratándose de organismos colegiados, sino solamente frente al magistrado ponente.

En la actualidad los miembros de los tribunales federales reciben un sueldo decoroso, y en ocasiones más que decoroso; sin embargo, en los tribunales locales generalmente se les paga mal, dando pie a la tan lamentable corrupción judicial que desgraciadamente se ha hecho costumbre.

Como resultado de todos esos inconvenientes es que en México, las personas de escasos recursos prácticamente no acuden a los tribuna-

les a reclamar la satisfacción de sus pretensiones jurídicas y cada día, en mayor medida, se acude a la autocomposición o incluso a la autodefensa para resolver sus controversias. Desgraciadamente, el acceso a la justicia en México se está volviendo un servicio al cual sólo pueden acudir las clases más acomodadas.

Como consecuencia de esa penosa situación es que tenemos la creación, en los últimos tiempos, de sucedáneos de los organismos jurisdiccionales, como lo son la Procuraduría Federal del Consumidor, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como los organismos similares a nivel local y la Procuraduría Federal del Medio Ambiente.

III. LA PROFESIÓN JUDICIAL

En México se han hecho algunos esfuerzos por profesionalizar la carrera judicial, aunque nosotros los consideramos parciales e insuficientes.

En cuanto a la designación tenemos que señalar, como es de todos sabido, por lo que se refiere a los más altos cargos de cada sistema jurisdiccional, que es el correspondiente ejecutivo quien hace la nominación, la cual es sometida a la ratificación del legislativo, teniendo para tal efecto la más amplia facultad de selección, lo que no siempre ha redundado en beneficio de la judicatura; excepción a este principio, son los magistrados electorales y los militares, pues tratándose de los primeros se proponen dos nombres para que el Legislativo escoja uno y en cuanto a los segundos no requieren aprobación legislativa.

Para este punto se ha seguido una praxis que no es precisamente la más recomendable y es la siguiente:

En la nominación de ministros de la Suprema Corte, aproximadamente la mitad son magistrados de los tribunales colegiados de circuito a propuesta de la propia Suprema Corte, y la otra mitad son escogidos libremente por el presidente de la República entre políticos y funcionarios destacados, amigos personales e incluso distinguidos juristas. Pero, como apuntamos antes, finalmente el presidente de la República puede oír o no las sugerencias que le hagan porque tiene la potestad de hacer el nombramiento, el cual no siempre es el mejor.

Los magistrados de los otros poderes judiciales y sistemas jurisdiccionales son designados por los titulares de los poderes ejecutivos que correspondan, atendiendo generalmente razones de clientelismo político más que eficiencia o capacidad profesional.

En este sentido la llamada "inamovilidad" judicial tiene poco tiempo en México, pues tratándose de ministros de la Suprema Corte se estableció hace unos cincuenta años, mientras que para los magistrados de los tribunales superiores no tiene más de diez años. En este sentido también se ha establecido como edad máxima para permanecer en el cargo la de setenta años y, como excepción, para los magistrados agrarios se ha fijado en setenta y cinco años.

Pensamos que no es conveniente el sistema de elección popular tratándose de miembros de la judicatura, sin embargo, tampoco consideramos conveniente esa libertad casi absoluta por parte del Ejecutivo para hacer esas designaciones; consideramos que debe mediar la propuesta de cuerpos colegiados que analicen objetivamente los antecedentes y capacidades de los candidatos.

Con el objeto de garantizar la autonomía judicial se ha establecido que los jueces y magistrados inferiores sean nombrados por los superiores, también con absoluta libertad. En el mejor de los casos, como sucede con el Poder Judicial del Distrito Federal, esta nominación se hace previo concurso de oposición abierto en el que se presente cualquiera que llene los requisitos legales y se sienta capacitado para desempeñar el puesto; en el Poder Judicial Federal no hay tal oposición sino que generalmente se escogen los magistrados entre los jueces y a los jueces entre los secretarios y así sucesivamente, con lo cual se establece una especie de "carrera judicial", pero no deja de ser un tanto cuanto endogámico, pues es sumamente difícil que acceda alguien que no es de la casa y sobre todo que no hay un modo objetivo de ver quién tiene más merecimientos, sino en la práctica es quien tiene mayor influencia, ya que los ministros de la Suprema Corte se van turnando el derecho de presentar candidatos, propuesta que generalmente es aceptada por el Pleno; en el resto de los sistemas jurisdiccionales hay, repetimos, la más absoluta libertad.

Con ello queremos indicar que en México la designación de jueces y magistrados se vuelve más una canonjía que una selección objetiva.

Salvo los jueces y magistrados del Poder Judicial Federal, los demás jueces y magistrados inferiores no cuentan con la inamovilidad.

Apenas de unos años para acá se han establecido centros de formación judicial, pero de manera muy incipiente, en donde asisten los funcionarios judiciales, en el tiempo que les queda libre después de cumplir con sus deberes profesionales, estando presentes en algunas

conferencias, pero no es un periodo de formación intensa ni mucho menos completa.

Otro gran fallo del derecho judicial mexicano es que no existe algún sistema para exigir responsabilidades a los miembros de la judicatura, más que el juicio político de responsabilidad que se sigue ante el Congreso de la Unión y que en la práctica nunca se ha llevado a cabo, por lo cual, creemos, se debe establecer un sistema viable, pues aunque la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en vigor, en su artículo 51 establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establecerán los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones legales de sus servidores públicos, hasta hoy día, diez años después de haber entrado en vigor, aún no se ha hecho.

Tal vez sería conveniente crear en México un Consejo de la magistratura, que se encargara de la proposición de nombramientos al titular del ejecutivo, la designación de jueces y magistrados inferiores y en general la administración del Poder Judicial y sus aspectos disciplinarios.

El artículo 17 constitucional prohíbe las costas judiciales, sin embargo ello ha dado lugar a la indebida práctica de la gratificación al funcionario judicial, por no decir corrupción judicial, particularmente a nivel de tribunales locales más que en los federales, con lo cual la esperada administración de justicia gratuita es sólo un buen deseo, pues al no existir el "beneficio de pobreza" a las personas carentes de recursos económicos les resulta muy gravoso e inclusive en ocasiones imposible acceder a los tribunales debido a esas "gratificaciones".

Por otro lado, como explicábamos antes, no existe en México un adecuado sistema de asistencia legal, solamente contamos con un deficiente, sobresaturado y mal pagado régimen de defensores de oficio, de igual manera en ocasiones las escuelas de derecho establecen "bufetes gratuitos" para que sus estudiantes practiquen lo mismo que los llamados "bufetes de solidaridad", pero con resultados muy limitados, pues no se ha querido o no se ha tenido el ingenio de articular algún sistema en el que fuera más eficaz este servicio. Quizá fuera conveniente establecer un sistema de asistencia jurídica paralelo a la asistencia médica que proporcionan las instituciones de seguridad social.

Si a eso le agregamos la poca tradición que existe en México por parte de los abogados de ofrecer gratuitamente sus servicios a la gente

más desprotegida, tenemos que concluir que los tribunales están expedidos para administrar justicia a las clases medias altas y a las clases más acomodadas del país, pues las clases medias bajas o bajas no pueden acceder a ese servicio público.

En cuanto a la independencia judicial, debido al predominio, el ostentoso predominio del Ejecutivo sobre los diversos poderes, a lo cual agregamos el poder designar los más altos cargos de la judicatura y la casi absoluta discrecionalidad en el manejo del presupuesto público, podremos ver una total dependencia del Judicial respecto al Ejecutivo.

Sin embargo, tenemos que matizar esa afirmación ya que a nivel federal no se da como consigna, lo que sí ocurre en la esfera local, en el interior del país, lo que muchas veces es peor cuando el juez, al resolver, tiene presente el procurar no irritar a la autoridad.

Quisiéramos destacar otro fenómeno importante, relativo al hecho de que en los últimos años se han creado muchísimos tribunales nuevos y al carecer de adecuados medios de formación judicial se han tenido que improvisar infinidad de funcionarios judiciales, con los correspondientes efectos negativos en la administración de justicia, por lo que muchas veces la injusticia se da no por la mala fe sino por la ignorancia.

Como se habrá podido observar, nuestro diagnóstico acerca del estado actual de la administración de justicia en México es bastante negativo, hemos descrito una organización jurisdiccional anquilosada, con personal impreparado y corrupto y, lo que es peor, sin deseos de reformarse pues cuando reciben críticas las toman más como ataques personales que como propuestas para mejorar; sin embargo, no podemos decir que el gobierno haya estado cruzado de brazos al respecto, ya que si bien no ha entrado a una reforma profunda, de "cirugía mayor", sí podemos afirmar que siempre ha tenido esa preocupación.

Es evidente que en nuestra patria existe un gran desaliento en la población respecto a la judicatura nacional, desaliento que se manifiesta en el hecho que cada día se acude menos a los tribunales a buscar la satisfacción de las pretensiones jurídicas a través de medios judiciales y más a extrajurisdiccionales.

IV. CONCLUSIONES

Como se habrá podido observar desgraciadamente no exageramos al principio de este modesto trabajo en nuestras calificaciones respecto a la administración de justicia en México.

Desafortunadamente no somos optimistas sobre este particular en nuestro país, pues no se ve, a pesar de las voces que en mayor número e intensidad se levantan cada día, que se tenga programado o pensado una reforma judicial a fondo, la que se nos presenta más urgente a medida que pasa el tiempo.

En síntesis podemos decir que hemos propuesto las siguientes medidas para mejorar la administración de justicia en México: establecer sueldos decorosos en todos los niveles de la administración de justicia; que los ejecutivos antes de proponer el nombramiento de ministros y magistrados, oigan las sugerencias de algún cuerpo colegiado de personas conocedoras; que cuando se nombren jueces y magistrados inferiores se haga mediante concurso de oposición abierto que califiquen jurados imparciales; que se establezcan cursos serios y completos de formación judicial, previos a acceder a algún cargo, preferentemente de tiempo completo y con más de un año de duración, serían mejor dos, en el que los alumnos gocen de sus correspondientes becas. Asimismo, que los ascensos se conceden previo concurso de méritos, igualmente calificados de manera objetiva; y, finalmente, que se establezca un sistema disciplinario viable para exigir responsabilidades a los jueces, magistrados y ministros.

Por todo ello decíamos párrafos atrás que es raro que las personas carentes de recursos económicos acudan a los tribunales, prefieren vivir situaciones de hecho respecto a sus relaciones familiares (adopciones, divorcios, herencias, etcétera), llegar a transacciones, utilizar la autodefensa o conformarse con su desventura.

Mencionábamos también párrafos atrás, que si bien han habido algunos esfuerzos por parte del poder público por sacar a la administración de justicia del marasmo en que se halla inmersa, éstos han sido insuficientes, parciales y desarticulados, a tales esfuerzos podemos caracterizarlos como las políticas públicas en materia de administración de justicia, mismas que podríamos localizarlas en cinco líneas fundamentales: aumento del número de los tribunales, incremento de salarios al personal de los tribunales, creación de tribunales de margen del poder judicial y otras instituciones no jurisdiccionales para la

resolución de litigios, establecimiento de la inamovilidad judicial en los tribunales superiores y creación de centros docentes de formación judicial. Sin embargo, y perdón por la reiteración, éstas han sido a todas luces insuficientes, particularmente tratándose del Ministerio Público, en donde se impone una reforma a fondo.

Ojalá estos modestos párrafos que hemos escrito sirvan, como un grano de arena, cuando se tome la tan anhelada decisión de modernizar la administración de justicia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARILLA BAS, Fernando, "La independencia constitucional del Poder Judicial y los sistemas de su integración orgánica", *Revista de la Facultad de Derecho*, Toluca, año V, núm. 19, febrero-abril de 1984.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El Poder Judicial mexicano y el constituyente de 1917*, México, UNAM, 1968.
- , "La revolución de 1910 y el Poder Judicial Federal", *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985.
- CARPIZO, Jorge, "Algunas reflexiones sobre el Poder Judicial Federal y sobre las relaciones internacionales de México", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, vol. 11, núm. 36, mayo-agosto de 1982.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *La administración de justicia*, México, Botas, 1961.
- CARRILLO CASTRO, Alejandro, "La reforma administrativa en el sistema de impartición de Justicia", *Reseña Laboral*, México, 2a. época, vol. 4, núm. 3, mayo-junio de 1980.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, 2a. ed., México, Porrúa, 1973.
- CASILLAS H., Roberto, "Consideraciones sobre nuestro Poder Judicial Federal", *Anales de Jurisprudencia*, México, año 43, tomo 158, enero-marzo de 1976.
- CORTÉS FIGUEROA, Carlos, "Sobre la administración de justicia federal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo VI, núm. 23, julio-septiembre de 1956 y tomo VII, núms. 27 y 28, julio-septiembre y octubre-diciembre de 1957.

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM-Porrúa, 1992.
- CHÁVEZ PADRÓN, Martha, *Evolución del juicio de amparo y el Poder Judicial mexicano*, México, Porrúa, 1990.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial", *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988.
- , "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977.
- , *Problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986.
- , "Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México", *México, 75 años de revolución. Política II*, México, INEHREM-FCE, 1988.
- FLORES GARCÍA, Fernando, "Algunos problemas de la administración de justicia en México", *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, núm. 18, enero-marzo de 1964.
- GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, reimpresión, México, UNAM, 1986.
- GODY RÓQUEZ, Lorenzo, *Fundamentos y garantías de la independencia del Poder Judicial*, México, 1955.
- HNIDEY MEANA, Eugenio, "Dinámica pura de la función judicial", *Anales de Jurisprudencia*, México, año 43, tomo 158, enero-marzo de 1976.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núm. 15, julio-septiembre de 1942.
- OVALLE FAVELA, José, "La independencia judicial en el derecho mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XVII, núm. 49, enero-abril de 1984.
- , "El Poder Judicial en los estados de la República", *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XV*, tomo VI, *La Constitución mexicana, 70 años después*, México, UNAM, 1988.
- PALLARES, Jacinto, *El Poder Judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la Repú-*

- blica Mexicana*, México, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, 1874 (existe una edición facsimilar con presentación de Saturnino Agüero Aguirre, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992).
- RÍOS ESPINOSA, Alejandro, "La descentralización del Poder Judicial Federal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXII, núms. 85-86, enero-junio de 1972.
- ROCHA DÍAZ, Salvador, "Principios constitucionales del sistema judicial mexicano", *Chiapas Jus*, Tuxtla Gutiérrez, año II, núm. 2, junio de 1990.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, "¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núm. 15, julio-septiembre de 1942.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "La inamovilidad judicial federal en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXXVII, núms. 151-153, enero-junio de 1987.
- , *El Poder Judicial en el siglo XIX (notas para su estudio)*, 2a. ed., México, UNAM (en prensa).
- , "Reformas judiciales federales de 1982", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, vol. II, núm. 35, enero-abril de 1982.

LOS DELITOS CONTRA LA FAMILIA

Sergio VELA TREVIÑO

SUMARIO: I. *Cuestiones previas*. II. *La idea del bien jurídico*. III. *La tipología contra la familia*. A. *El delito de adulterio*. B. *La bigamia*. C. *El tipo de incesto*. D. *Delitos contra la filiación o contra el estado civil*. E. *Otra constelación de delitos*. IV. *Comentario adicional*. V. *Conclusiones*.

I. CUESTIONES PREVIAS

Como parte integrante del ciclo relacionado con las cuestiones que vinculan a la familia con el Derecho, me ha sido asignado disertar sobre esa base, pero con referencia específica al Derecho Penal, es decir, tratar de la familia bajo la perspectiva jurídico penal.

Con el objeto de abordar adecuadamente el tema, es indispensable y obligado, establecer una convención terminológica, que habrá de hacer más comprensible las ideas que serán expuestas, ya que la expresión "familia", tiene una significación distinta, según sea el contexto en el que la emplee. No cabe duda, pensamos, que cuando nos referimos a la familia con un contenido jurídico, estamos en realidad incorporando un concepto previo al Derecho, pero que éste ha tenido que reconocer, para incorporarlo a la regulación jurídica.

En efecto, debemos partir de la idea de que antes que los jus-penalistas empezaran a ocuparse de los delitos contra la familia, o contra el orden familiar, ya que existía una asimilación social de la familia, aun cuando ella careciera de identidad desde el punto de vista penal, lo que significa que no es la norma jurídica la que crea el objeto de estudio, sino que simplemente lo recoge para construir con método exegético, un sistema que permite elaborar instituciones jurídicas de contenido común, estableciendo un criterio clasificatorio para el agrupamiento de aquellos fenómenos que merecen el tratamiento que las sociedades modernas dan a lo que consideran es un delito, por tra-

tarse de hechos socialmente intolerables y en los que se satisface el mínimo ético que deben tener siempre los delitos en los Estados de Derecho.

Como cuestión prejurídica, la familia debe ser entendida desde un punto de vista sociológico como una institución natural, nacida espontáneamente en todo tiempo y lugar en que haya habido hombres viviendo en conjunto. Como lo ha expuesto con acierto Leclerck, en un principio, en la mayoría de las sociedades humanas, la familia existía sin intervención alguna del Estado y se regía tan sólo por las costumbres tradicionales.¹ En este sentido creemos que nos es razonable un cuestionamiento, ya que la evolución y cambios que la familia ha tenido en distintas épocas, evidencia que el hombre siempre ha vivido en familia, aun cuando ésta haya variado en su concepción. Sirva de ejemplo de lo dicho el paso de una poligamia abierta y reconocida a una monogamia dominante, como ocurre en el mundo occidental moderno.

Se ha citado con frecuencia a Castán Tobeñas, quien sostiene que "la familia en todos los tiempos ha sido y es la verdadera célula de la sociedad y piedra angular del ordenamiento social; no sólo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integridad de la vida humana, sino porque, además en su seno se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, tendencias altruistas y virtudes que necesita para mantenerse sólida y próspera la comunidad política".² Esta concepción, en la que encontramos reminiscencias biológicas al identificar a la familia con la célula, nos transmite la idea de una cierta similitud entre el cuerpo biológico, conjunto de células, y el cuerpo social, el que empieza a integrarse y organizarse a partir de la familia sin esperar la intervención del Derecho, puesto que sin más razón que la natural de su esencia, el ser humano se integra en agrupamientos de orden familiar que luego habrá de reconocer, regular y proteger el Estado por medio del Derecho.

La familia puede cambiar y en realidad ha cambiado en el curso de la historia, pero como hecho cierto y a nuestro entender indiscutible, está el de su permanencia, aún bajo diferentes formas, y a pesar de los tratamientos distintos que se le han dado, especialmente en esas

¹ LECLERK, *La Familia según el derecho natural*, Edit. Herder, Barcelona, 1967, p. 32.

² CASTÁN T.; *Derecho Común, Civil y Foral*, Tomo V, Vol. IX, Madrid, 1960, p. 25.

sociedades de corte comunista, que han pretendido disolver la idea de la célula familiar, pero que a la larga han acabado en fracaso.

De esta concepción sociológica de la familia, comprensible fundamentalmente como una verdadera necesidad, se ha llegado en la actualidad a una más elaborada idea, ya que la época de la industrialización masiva y la pérdida de la individualidad con la consiguiente afectación a la personalidad, ha convertido en una obligación natural el establecimiento de una cerrada relación entre el Estado y la familia, protegiéndose reciprocamente.

Hay una idea de la familia moderna que se enuncia diciendo que "en los tiempos modernos donde todo está organizado, cada uno ha de tener una personalidad a fin de que pueda ocupar un ámbito en el ámbito social. A este fin, es necesario un lugar donde pueda desarrollar su personalidad y vivir de acuerdo con la misma. Esto es la familia moderna".³

Parece que no debe haber duda en cuanto a que las sociedades que conforman un Estado parten de la unidad familiar, sea ésta cual fuere, porque es la forma natural del ser humano para empezar a asociarse; de esta unión inicial se van formando luego los grupos sociales que acaban integrando un Estado; por otra parte el Estado, reconociendo su origen primario, una vez que se convierte en protector de la sociedad y factor para el desarrollo y unidad, tiene que tratar de fortificar la base original, la familia, para sobrevivir en mejores condiciones y para no convertirse en instrumento de dominio, sino de corresponsabilidad.

Si quisiéramos ejemplificar respecto de la relación entre el Estado y la familia bajo la forma de la existencia de un derecho estatal sobre la familia y al mismo tiempo de un deber de tutela sobre ella, diríamos que el Estado puede intervenir en la esfera familiar para tratar que los menores reciban la educación elemental que sus padres quieran proporcionarles, pero a la vez, tienen la obligación de proveer esa educación bajo los lineamientos constitucionales que se señalen. Vemos aquí el derecho y la obligación del Estado frente a la familia y ello, por lo ya apuntado de la recíproca dependencia de uno respecto de la otra.

³ VON OPPEN: *Das Personale Zeitalter*, Stuttgart, 1960, pp. 208 y ss., citado por DÍAZ-SANTOS, "Los delitos contra la familia", Madrid, 1973, p. 27.

Siendo el anterior un simple ejemplo, podemos agregar que en la realidad social moderna, la vida humana en sociedad está fundamentada en dos entidades: la familia y el Estado, siendo la primera anterior por su propia esencia y por razones históricas. Destacamos ahora, por ser a nuestro entender oportuno, que la sociedad mexicana no difiere de la idea antes expuesta, pero culturalmente contiene un ingrediente adicional, de especial importancia, como lo es la tradición judeo-cristiana que conforma a la familia. En este sentido, siendo como lo es, la nuestra una sociedad mayoritariamente católica, adquiere especial significación todo pronunciamiento que al respecto hagan quienes determinan el pensamiento comunitario y decimos lo anterior para poder citar a Pío XII, quien en la Encíclica "Summi Pontificatum", de 20 de diciembre de 1939, dijo que "la familia es la fuente primaria y necesaria de la sociedad humana. . . El hombre y la familia son, por su propia naturaleza, anteriores al Estado".

La sociología es una ciencia de la frecuentemente se abusa y de sus postulados y conclusiones se pretende obtener dogmas irrefutables. Esto siempre será criticable, pero no cuando hay una verdad diáfana, como ocurre en este caso, ya que resulta casi imposible refutar la concepción del Estado a partir primero de la unión del hombre y la mujer y luego de la integración de la familia, lo que significa, a no dudarlo, que el hombre y la familia preceden al Estado y que le dan forma y conexión, por lo que al propio Estado corresponde como obligación elemental, tutelar, proteger y fomentar a la familia.

Un penalista alemán moderno, de real importancia académica, H.H. Jescheck, ha sostenido con razón, que los Estados modernos tienen la obligación de aceptar como tarea suya el desarrollo de las cualidades fundamentales de la persona humana en su dimensión familiar y comunitaria con enérgica defensa del matrimonio y de la familia.⁴

De lo que llevamos expuesto, que comprendemos es limitado dada la profundidad del tema, debemos extraer una serie de conclusiones que a continuación se expresan:

- El hombre y la familia preceden históricamente al Estado;
- El Estado, una vez organizado, no puede ni debe desconocer el origen primario de la familia en su composición;
- Es obligación del Estado garantizar la unión familiar, buscando su desarrollo y fortificación;

⁴ Ver *Probleme der Strafrechtreform*, Stuttgart, 1963, pp. 32 y ss.

— Para garantizar el desarrollo de la familia, el Estado debe crear y proteger los institutos que dan solidez a la familia, sean de orden natural, o de creación jurídica.

Creemos sinceramente que el punto de vista que se ha sostenido tiene validez en todo cuerpo social moderno, sea cual fuere la forma del Estado, ya que se trata, en el caso, de una relación natural y permanente.

Hasta aquí las cuestiones de orden sociológico, pero como hemos dicho de determinadas obligaciones del Estado respecto de la familia, corresponde ahora que abordemos esta cuestión, partiendo del principio de que el Estado cumple su cometido por medio y al través de normas jurídicas, lo que significa que debemos tratar la concepción jurídica de la familia.

Jurídicamente no ha quedado conceptualizada en forma unánime la familia ya que como debe ser fácilmente comprensible, los cambios naturales en la idea de la familia han llevado a idéntica situación a su valoración desde el punto de vista jurídico.

Aun cuando no sea exactamente el tema de este análisis el conocer el concepto civilístico de la familia, sí consideramos necesario y conveniente hacer algunas referencias al respecto.

Tenemos, en un primer término, a aquel sector doctrinario que entiende a la familia en su sentido amplio o extensivo, como un linaje, descendencia entre aquellos que llevan un mismo apellido y están unidos al jefe de la familia por vínculo sanguíneo, sin desconocer la existencia de una unión familiar sin tal relación por la sangre, como se da en los casos de adopción.⁵

A reserva de ocuparnos de ello más adelante, podemos decir que esta concepción amplia de la familia no es plenamente satisfactoria para efectos penales. Ya que en esta materia además de lo puramente jurídico adquiere una gran importancia lo naturalístico, según se verá oportunamente.

Por otra parte, existe también una concepción estricta o restringida de la familia entendida como la unión de dos o más personas ligadas por el vínculo del matrimonio y por la descendencia del mismo, tal como lo sostiene Barbero. Esta idea, siendo parcialmente cierta, falla cuando existe una unión no legitimada por el matrimonio, que sin em-

⁵ Puede verse al respecto la opinión de MESSINEO (*Manuale di Diritto Civile e comune*, Milano, 1948, p. 345) y RUGGIERO (*Istituzioni di Diritto privato*, Vol. I, p. 228) ambos citados por DÍAZ-SANTOS, obra citada, p. 34.

bargo, crea o genera obligaciones, deberes y derechos sin matrimonio, lo que no puede dejar de ser tomado en cuenta en sociedades como la nuestra en que la llamada unión libre sigue siendo de elevada presentación entre los habitantes, especialmente entre las personas de posición socio-económica limitada. Tampoco es satisfactoria para efectos penales, como luego quedará evidenciado.

No podemos desconocer que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin comprometer una posición doctrinaria, parece inclinarse a aceptar la existencia natural de la familia cuando nos dice en el párrafo cuarto del artículo 4º que "toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa", lo que en alguna medida sugiere la idea de reconocer la importancia de la unidad familiar como vínculo de unificación, cuando se convive bajo un mismo techo, es decir, una concepción restringida de la familia.

Dejemos para los expertos la ubicación jurídica privada o civilística de la familia, pero reiteremos que los criterios al respecto no son adecuados para penetrar a los terrenos del Derecho Penal, con lo que tomamos partida en la polémica que existe acerca de si ambas materias, la civil y la penal, admiten un mismo criterio respecto de la familia, o bien si cada una de ellas tiene como propio vinculado con sus objetos exclusivos. Creémos que cada una tiene, efectivamente su propia idea, sin que por ello quiera afirmarse que son opuestas, sino en todo caso, que son complementarias la civil de la penal.

Para mayor precisión en este sentido, es menester sostener que la idea que de la familia maneja el Derecho Penal está profundamente arraigada en la posición jurídica privada de cada época, pero siempre la rebasa, ya que lo penal abarca un territorio más extenso que lo civil, por el valor que atribuye a los aspectos naturalísticos que conforman la unidad familiar.

La calidad de derecho público distingue de manera especialmente significativa al Derecho Penal, respecto del Civil, que es de índole privada; de ello, sin embargo, no deben obtenerse consecuencias extremas, ya que en el caso particular que nos ocupa, ambos tienen como fundamento una idea de la familia.

El Derecho Penal haría mal si negase que hay instituciones del Derecho Civil que están estrechamente vinculadas con los delitos contra la familia o contra el orden familiar. Pongamos el caso de dos delitos, el adulterio y la bigamia, que solamente son comprensibles si existe previamente una unión matrimonial. El matrimonio es una clara insti-

tución regulada por el Derecho Civil y reconocida por el Estado como el fundamento para la procreación ordenada. En estos casos, el Derecho Penal se concreta a recoger y reconocer el instituto del matrimonio, sin pretender siquiera alterar su contenido jurídico.

Ahora que estamos viviendo una marcada tendencia a crear una sola teoría general del derecho, resulta conveniente citar a Guarneri, quien destaca que hay que reconocer diferencias eventuales entre las varias ramas del derecho, pero eludiendo la crítica que se dirige a negar la posibilidad de esa construcción teórica general y en particular de evitar que el Derecho Penal acuda a disfrutar los beneficios derivados de la dilatación de los conceptos jurídicos que le son ajenos de origen, mismos que al pasar de una a otra ramas del Derecho, se enriquecen con nuevas esperanzas, se complementan y finalmente se integran en una ciencia jurídica como un todo armónico dentro de un sistema equilibrado.⁶

No es posible negar las vinculaciones que se dan entre el Derecho Civil y el Penal; pretender una situación como esta sería llevar a extremos insostenibles la autonomía del Derecho Penal, con graves consecuencias por la incoherencia y falta de apoyo de determinados conceptos. Basta pensar en el caso de la posesión, establecida y protegida fundamentalmente por el derecho privado, pero que ante las agresiones más graves, requiere de la protección del Derecho Penal.

En opinión de Bettiol no es posible hablar de una lógica abstracta a propósito de la interpretación de las normas penales, ya que lo que se pretende siempre es investigar el verdadero significado de la voluntad contenida en la norma, es decir el valor mismo que se tutela y se protege pero que no se consigue al través de un procedimiento lógico formal, porque el valor de la norma representa una dirección finalística en cuanto tutela un interés jurídico, lo que significa que la lógica empleada por el intérprete debe ser una lógica teleológica.⁷

De esto se deduce que el objeto o fin de las normas jurídicas debe buscarse con criterios individuales al través de la rama del derecho en el que estén ubicadas, siendo obligado rechazar toda extralimitación. La norma tiene por sí misma una misión que cumplir, que es la que le ha sido asignada por el Estado al través de sus cuerpos legislativos. Funciones posteriores de otra naturaleza carecen de significa-

⁶ Ver de G. GUARNERI, *Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal*, Edit. J. M. Cajica, Jr. Puebla, México.

⁷ GIUSEPPE BETTIOL, *Derecho Penal*, p. 77.

ción dentro del campo jurídico. De esta manera deberá admitirse que los términos usados por el Derecho Civil que se encuentran frecuentemente inscritos en las normas penales, tienen una significación fundamentalmente distinta porque en estas últimas entra en juego el valor destacado del interés jurídicamente protegido al través de la determinación de los valores sociales acreedores de la tutela del Derecho Penal.

II. LA IDEA DEL BIEN JURÍDICO

Con estos comentarios estamos prácticamente entrando a otra parte distinta y destacada de nuestro análisis, que será la correspondiente al bien jurídico, por la importancia y significación que tiene dentro de la configuración de las normas típicas penales.

En efecto, en la actualidad resulta absolutamente inconcebible la existencia de un tipo penal que no conlleve la idea de que está tutelando a un bien jurídicamente protegido, mismo bien que ha sido motivo de apreciación y valoración por parte del Estado hasta jerarquizarlo, primero en bien jurídico y luego en bien jurídico penal.

Basta la lectura de cualquiera de los tipos contenidos en la parte especial del código Penal, para encontrar con mayor o menor dificultad, pero siempre localizable, un bien jurídicamente protegido por el tipo penal; pero en relación con lo antes expuesto, acerca de la vinculación que hay entre Derecho Civil y Derecho Penal, conviene mencionar que en muchas ocasiones el mismo bien jurídico es motivo de tutela por ambas ramas del Derecho, pero distinguiéndose la que proporciona el Derecho Penal, porque allí está relacionada únicamente con las agresiones más severas y socialmente intolerables que puede sufrir el bien jurídicamente protegido.

Ciertamente no debe dejarse de considerar el tipo de reacción estatal diferente frente a las afectaciones a bienes jurídicos, según sea su ubicación en distintas ramas del Derecho. Por ejemplo si consideramos al Derecho Administrativo la reacción del Estado se manifiesta normalmente en multas o cancelaciones para impedir determinada actividad; en tratándose del Derecho Civil, se pueden presentar otros aspectos de distinta naturaleza, como la pérdida de derechos, como ocurre con la patria potestad o el derecho a la custodia, el derecho a heredar y otras múltiples consecuencias, pero todas ellas dentro de

un límite que no afecta a la libertad personal del individuo. En cambio, tratándose del Derecho Penal, la nota característica y normal, es todavía, que una violación a un bien jurídicamente protegido penalmente, es decir un delito, debe ameritar una pena privativa de la libertad mediante la afectación a la libertad deambulatoria, y aun cuando no sea el ideal del Derecho el restringir la libertad de las personas, todavía es norma generalizada la citada afectación a la libertad personal, o libertad corporal, como la llama nuestra Constitución Política.

Al través de la construcción de la teoría del bien jurídico, vamos encontrando los campos propicios para el desenvolvimiento de la norma jurídico penal, ya que en primer término se tiene que presentar la jerarquización a la norma que amerite la tutela penal, destacándose en el caso que sólo intervendrá esta rama del Derecho, ante las agresiones más graves y socialmente intolerables.

En materia de Derecho de familia, es importante destacar que puede haber y en realidad existe un bien jurídicamente protegido, que lo es principalmente la unidad o entidad denominada familia, más allá de cualquier apreciación jurídica, que se sustente y que conforma homogéneamente a la sociedad, pero al lado de dicho bien de superior jerarquía, aparecen otros bienes jurídicos directamente relacionados, que también son motivo de consideración penal, según se verá cuando analicemos con más detalle, el contenido de las figuras típicas vinculadas con los delitos contra la familia, inmersos en nuestro Código Penal.

La sistemática que sigue nuestro Código, que data de 1931, no corresponde estrictamente hablando a las tendencias más modernas para analizar y valorar a la familia y las relaciones y vinculaciones que de ella se derivan, por lo que pretendemos hacer una proposición para que se tome en consideración la existencia del bien superior, que es la familia y luego se deriven de ella otros comportamientos diferentes que afectan también a la familia aun cuando no sea en forma directa.

Hemos dicho en varias ocasiones anteriores de la necesidad de preservar al bien jurídico de las agresiones más severas; ello correspondiente como función del Derecho Penal y en este momento lo ratificamos en el sentido de que el mismo bien jurídico puede ser víctima de distintas agresiones, pero solamente de las más severas es de las que tomará cuenta el Derecho Penal por ser ellas las socialmente intolerables.

Basta citar el tema de la posesión que ya antes mencionábamos que es tutelada civil y penalmente, pero penalmente las agresiones que se cometen contra la posesión por medio de la furtividad, la amenaza o el engaño, o la violencia, pueden ser constitutivos del delito de despojo, es decir, son las agresiones más severas y socialmente repugnantes, las que el Derecho Penal protege en sus tipos penales.

Lo mismo ocurre exactamente tratándose de las cuestiones relacionadas con la familia, ya que la relación entre las personas es constantemente motivo de fricción en distintas esferas de la vida en común, pero no siempre esa afectación a la unidad familiar es de las que ameritan la intervención del Derecho Penal. Son exclusivamente aquellas agresiones a la familia, al orden familiar o a las relaciones familiares que más trascendencia tienen al afectar orgánica y psíquicamente a la familia, las que el Derecho Penal trata.

De esto nos ocuparemos más adelante, al analizar como ya se dijo, los tipos en particular, en este momento simplemente destacamos que la teoría del bien jurídico encuentra su apoyo y fundamento en el tipo penal correspondiente y que para nuestro entendimiento, la familia es un bien jurídico que amerita tutela y protección del derecho y en ciertos casos la tutela y protección del Derecho Penal, al través de los tipos penales.

Para concluir con esta parte de nuestro estudio y proceder luego a tratar las figuras de los delitos en particular, que van contra la familia, quisiéramos acudir a Ortega y Gasset, quien dice que el derecho no crea los valores jurídicos, sino los reconoce. Esta situación es clara siguiendo el curso de las ideas antes expuestas, en el sentido de que más allá del reconocimiento normativo, está una verdad incuestionable, como lo es la existencia misma de la familia. Ella, la familia, es anterior y ajena al Estado y a las normas aplicables. Las propias normas surgen como consecuencia natural e ineludible de una verdad histórica ubicada en la necesidad de proteger, fomentar y regular la familia.

III. LA TIPOLOGÍA CONTRA LA FAMILIA

Con la elegancia y sabiduría que siempre expresó al escribir, don Mariano Jiménez Huerta, el autor nacido español, pero arraigado entre nosotros, empezó su obra "Derecho Penal Mexicano", Tomo V,

concerniente a la tutela penal de la familia, entre otros temas, con esta expresión:

"Delitos sociales llamaba el gran Carrara a todos aquellos que trascienden de la persona e irrumpen en el ámbito de la colectividad, en cuanto forma parte de ser o de estar de la misma o de los grupúsculos de una manera u otra la integran, ora carezcan de personalidad jurídica, como acontece con la familia, la colectividad social y el género humano, ora tengan una destacada estructura orgánica, como acontece con el Estado —cuerpo político de la nación—. dado que los hechos que forman dichos delitos llevarían los bienes jurídicos de dichas entidades sociales y políticas y ofenden los ideales valorativos de la comunidad".⁸

Sin desbordar palabras del párrafo anterior de Jiménez Huerta, citamos lo siguiente: Los tipos de delito a que él se refiere son trascendentales porque lesionan un bien jurídico, la familia, con la consiguiente ofensa a los ideales valorados por la colectividad. No podía ser otra la fundamentación existencial de los tipos, si consideramos que ellos, los tipos, contienen un juicio de valor de la colectividad en cuanto a la antijuridicidad, es decir, que todo tipo lleva dentro de sí un juicio colectivo, en virtud del cual se considera que ciertos comportamientos, los típicos, son contrarios al derecho, o sea, antijurídicos. No hace falta que se reconozca lo anterior, expresamente, ya que la doctrina penal moderna se muestra unánime en el sentido expuesto, lo que significa que todo tipo además de descubrir un delito, revela e identifica un juicio de valor de lo antijurídico.

La familia, como ya lo habíamos apuntado y lo vemos ratificado por Jiménez Huerta, no necesita ser creada por el derecho, sino simplemente reconocida, y carece de importancia que se le niegue u otorgue personalidad jurídica, porque tal circunstancia no la afecta ni modifica. Está antes del derecho y por tanto, si se le asigna un valor destacado dentro de la esfera o ámbito de los valores protegibles, es natural que tenga la calidad de bien acreedor de la tutela especial que proporcionan los tipos penales.

Nuestro Código Penal de 1931, está construido bajo lineamientos sistemáticos poco clarificadores en cuanto se refiere a los delitos en

⁸ Consúltese la obra citada de Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, p. 9. (Citamos la segunda edición).

particular y en forma destacada en lo tocante a los delitos o tipos contra la familia.

En efecto, si observamos la clasificación de los tipos, desde el inicio del Libro Segundo, correspondiente a los delitos en particular, es fácilmente observable que se empezó el enunciado mediante el agrupamiento de delitos en función del bien jurídico protegido; así, tenemos los delitos contra la seguridad de la nación en sus formas de traición a la Patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, etc., donde con diáfana claridad identificamos que se trata de formas distintas de afectar a un mismo bien tutelado, como lo es la seguridad de la nación. Igual situación se presenta en los siguientes Títulos del Código, cuando se trata de delitos contra el Derecho Internacional, Delitos contra la Humanidad y otros.

Cuando cambia la sistemática en forma inexplicable es al llegar al Título décimo, que ya no identifica ni menciona el rubro del bien jurídicamente protegido, sino que se refiere a las personas capaces de cometer ciertos delitos, al referirse a los delitos cometidos por servidores públicos, lo que implica una variación substancial, puesto que se pasa del principio del bien jurídico antes usado, al de las personas que pueden cometer los delitos en el citado Título décimo.

A partir de este articulado, ya empieza a dificultarse la identificación del bien jurídico, sin que ello deba interpretarse en forma tal que implique su inexistencia, ya que tal situación, como se expresa, es inconcebible. Claro que hay títulos que retoman el camino correcto del bien jurídico, como acaece con los delitos contra la vida y la integridad corporal, en sus formas de lesiones, homicidio, infanticidio, parricidio y otros, o en tratándose de los delitos contra las personas en su patrimonio, bajo las figuras del robo, abuso de confianza, fraude y otros. Lo cierto es que se pierde lamentablemente el principio rector lógico y congruente y empiezan a dispersarse los tipos, a pesar de afectar un mismo bien jurídico.

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre en nuestro Código vigente respecto de delitos contra la familia?

Para responder adecuadamente vale consignar los antecedentes legislativos del México independiente, sin que deba dejarse de tomar nota del pensamiento jurídico español de la época de la Colonia, por la importancia que tiene la apreciación social respecto de la unidad llamada familia.

Como se sabe, el primer Código Penal del país ya independiente con destacada trascendencia en la formación de conceptos, lo fue el llamado Código de Martínez de Castro de 1871, el que tenía un rubro de los delitos contra el orden de las familias y se ocupaba de los delitos contra el estado civil de las personas, del adulterio, de la bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales, destacadamente.

De efímera vida fue entre nosotros el Código positivista conocido como Código Almaraz de 1929, que seguía en este sentido prácticamente los mismos lineamientos del Código de 1871.

Ambos cuerpos normativos, sin habérselo propuesto, se regían incipientemente por la teoría del bien jurídico, aún sin desarrollarla. Lo importante para nuestras consideraciones, además del expreso reconocimiento del bien jurídico "familia" recogido en los artículos correspondientes, es lo que ya hemos mencionado en ocasiones anteriores: que la familia es y debe ser reconocida y tutelada, pero que a su alrededor, como constelaciones se mueven bienes jurídicos que sin ser parte constante y permanente de la familia, deben ser reconocidos y protegidos, por su vinculación con ella.

Ocupándonos ahora de nuestro Código vigente, debemos reconocer, como lo han hecho otros autores, que no contiene en realidad, un título en el que expresamente trate de los tipos de delito contra la familia, ya que esta denominación parece haber alarmado o preocupado a los legisladores, pues la eludieron silenciándola. Sin embargo, la realidad naturalística acabó imponiéndose y de ello resultó una dispersión de los tipos de delitos contra la familia en títulos y capítulos carentes de orden, de lógica y de sistema, pero que son reconstruibles bajo una idea central, a saber, la familia, y sus constelaciones como bienes jurídicos protegidos.

De lo anterior habremos de ocuparnos enseguida, haciendo en cada caso la explicación de la razón por la que consideramos que el tronco común de todos los delitos a tratar se denomina la familia.

A. *El delito de adulterio.* Esta figura típica, que más polémicas ha motivado que problemas sociales resuelto, está contenida en el artículo 273 y tiene una redacción que constante y fundadamente ha dado razón para que se critique con severidad porque es uno de los pocos artículos típicos que no describe una conducta, sino que la da por sabida y reconocida.

Dice el texto legal que "se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Como es claro, no se describe cuál es y en qué consiste la conducta adulterina, sino que se reduce a mencionar a quienes son culpables de adulterio. Esta situación fue severamente criticada desde la promulgación del Código de 1931, pero la Suprema Corte de Justicia acabó con la discusión al respecto al sostener el criterio del conocimiento común del acto adulterino, sin necesidad de describirlo en una norma. El principio de legalidad es, en nuestro criterio, vulnerado abiertamente por este precepto, pero ha perdurado en el Código, aún cuando su aplicación sea escasa.

En la época reciente también se han reabierto las polémicas respecto del adulterio, pero con otro cauce diferente, lo que debe ser observado con cuidado. En efecto, lo que ahora se cuestiona no es el adulterio como está descrito, sino la conveniencia de conservarlo como delito en el Código Penal. Nadie, que sepamos, ha pretendido legalizar o legitimar el adulterio, sino quitarle el carácter de delito, dejándolo sólo como una cuestión de derecho privado, es decir, como causal de divorcio.

No es nuestra intención ocuparnos más extensamente de esta polémica, aun cuando sí consideramos necesario decir que estamos convencidos que el adulterio como delito no resuelve problema alguno y sí, en cambio, propicia actitudes más inadecuadas, especialmente contra las mujeres víctimas de la relación adulterina, de sus cónyuges y de los hijos de ellos. Lo importante, en este acto, es precisar nuestro criterio en cuanto a que el adulterio es, en el fondo, un delito contra la familia y de ello habremos de ocuparnos a continuación.

Para nosotros dentro de este contexto adquiere relevancia el hecho de que para que haya adulterio tiene que haber matrimonio concertado conforme a la ley.

Atribuimos especial significación a este presupuesto porque significa el reconocimiento jurídico de la forma perfecta de establecer una familia ya que sólo al través de la unión matrimonial puede alcanzarse la formación óptima de la familia, con la certeza y seguridad que son requeridas. Es por otra parte el tipo adulterio una especie de consagración de los principios de la monogamia y la fidelidad, puesto que

la relación fuera de matrimonio puede llegar a ser delictuosa, pero siempre será ilícita. Esto no puede sino llevarnos a la conclusión de que el matrimonio monogámico subyace en el tipo penal de adulterio y que el propio matrimonio es una parte esencial de la formación de la idea que de la familia contiene nuestro ordenamiento jurídico.

Nos parece poco clara la denominación del rubro de delitos de que se ocupa el Título Décimoquinto del Código Penal, que más parece eludir compromisos sociales que precisar ubicación en un agrupamiento lógico y sistemático. El Título en cuestión reformado el 22 de diciembre de 1990 se denomina "delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosocial", y nos resulta ininteligible su vinculación con el adulterio.

Tampoco estamos de acuerdo con ideas expresadas por Ceniceros y Argüelles, quienes afirmaron en alguna ocasión, que el adulterio, en realidad, era una injuria grave para el cónyuge inocente...⁹ Ello, fundamentalmente porque todas las formas de injuria contienen un ánimo específico, el de ofender, y en el caso parece poco sostenible que alguien pueda ir al adulterio sólo o especialmente para ofender a su cónyuge.

Nuestro Código, al limitar el adulterio punible a los casos en que es cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, revela según nuestra opinión, el interés del Estado en proteger el matrimonio y el recinto familiar de las intromisiones inadecuadas.

Tal vez lo más conveniente desde el punto de vista de la política criminal, fuera despenalizar el adulterio, es decir, sacarlo como delito del Código Penal y endurecer la posición de su carácter de comportamiento ilícito, pero con una única repercusión dentro de la esfera de la relación matrimonial, a saber, como causal de divorcio con pérdida de derechos concernientes a la patria potestad. Con ello se cumpliría mejor la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal.

B. La bigamia. Esta figura de delito, es probablemente, una de las peor tratadas por el Código Penal en cuanto se refiere a su ubicación sistemática, puesto que forma parte de un rubro denominado "delitos contra el estado civil y bigamia". Con su siempre fina elegancia, pero ahora con delicada ironía, dice Jiménez Huerta que "la bigamia no

⁹ Ver al respecto la nota 2, visible en la p. 21 de la obra citada de M. JIMÉNEZ HUERTA.

es un delito contra el estado civil, habida cuenta de que si lo fuera no se explicará el estrambote de dicho rubro a que hace referencia... y bigamia". La verdadera significación del legislador nacional al vincular dos conceptos haciéndolos aparecer como distintos, no es explicable, por lo que hemos de pensar que se debe a cierta ligereza en la pulcritud intelectual que debía corresponderle.

La doctrina, por otra parte, se muestra unánime en cuanto a la identificación del bien jurídicamente protegido y ha sostenido que lo que se tutela es el matrimonio legalmente constituido de orden monogámico.¹⁰

Claro está que en este caso de la bigamia habrá que reconocer su dependencia del criterio que respecto del matrimonio tenga una sociedad y para ello basta pensar que donde se reconozca y auspicie la poligamia, será difícil encontrar esta figura de delito. Sin embargo, entre nosotros, como sociedad con la conformación que nos es propia, es evidente la necesidad de disponer de un tipo penal cuando se atenta contra el matrimonio legal monogámico.

Obsérvese que hemos destacado que se puede dar la bigamia solamente cuando se ha celebrado un matrimonio con los requisitos y formalidades de la ley y estando vigente por no haber sido disuelto o declarado nulo, se celebra un nuevo matrimonio, igualmente con satisfacción de los requisitos legales. Si uno de los matrimonios no cumple con estas condiciones, no habrá bigamia como delito.

Acerca de la bigamia, ha existido una permanente discusión en puntos concretos; por ejemplo, se habla de un matrimonio contraído en un lugar que reconoce la poligamia y otro en el que acepta la monogamia; igualmente se plantea el aspecto concerniente a la naturaleza jurídica de la bigamia, como delito permanente y como instantáneo, por la repercusión que ello tiene en cuestiones concernientes a la prescripción de la acción persecutoria; también se polemiza acerca de la forma de participación que pueden tener en la bigamia los cónyuges inocentes. Todo ello, que simplemente mencionamos, nos pone de relieve la preocupación por entender en sus verdaderos alcances esta figura, tan agresiva para la familia, porque atenta contra uno de sus apoyos más importantes, como lo es el matrimonio legal monogámico.

¹⁰ Pueden citarse como autores en este sentido: En Italia a CARRARA, ANTOLISEI y CALACCI, en Alemania a BELING y MEZGER y entre nosotros a GONZÁLEZ DE LA VEGA, CARRANCA y TRUJILLO y JIMÉNEZ HUERTA.

También debe mencionarse como problema social real, la unión no legitimada, pero sí constante y permanente en su ánimo de subsistencia, que caracteriza a algunos sectores importantes de nuestra población, que prefiere la unión libre a la legítima. Esta es otra cuestión que debe ser analizada fuera de la perspectiva de la bigamia, porque este delito es inconcebible sin la legitimación en la unión matrimonial.

C. El tipo de incesto. Estamos ahora frente a una figura típica que se ha movido desde lo lícito y tolerado hasta lo prohibido, pasando por la gama de lo intermedio resultante de las dos posiciones extremas.

Aun cuando para la mentalidad del mexicano de la última década del siglo XX pueda parecer extraño, lo cierto es que el incesto sigue recibiendo un tratamiento particular en algunos países sin que con ello pretendamos sostener que se le considera lícito.

Vale hacer algunas reflexiones sobre este desarrollo del tratamiento del incesto en el curso de la historia.

En la antigüedad, el acto incestuoso no era considerado punible, sino en algunos casos, como en el Egipto de las más remotas dinastías era obligado, puesto que el Faraón estaba obligado a casarse para todos los efectos dinásticos con sus familiares cercanos, especialmente hermanas. El antecedente remoto que proporciona la Biblia en cuanto al origen de la humanidad, está igualmente impregnado por el incesto, ya que si Adán y Eva fueron los primeros humanos y les siguieron sus hijos, obligado resulta deducir que Eva o Adán, o ambos, tuvieron que cometer incesto con sus hijos, pues de otra suerte no hubiere crecido el número de pobladores de la tierra.

En la actualidad aún perduran en algunas civilizaciones atrasadas las ideas del incesto, como ocurre entre varios grupos malayos, o en el Níger y en las Islas Marshall, pero ello es debido a la costumbre y a la falta de seres ajenos suficientes para el crecimiento social.¹¹

En España se ocupó del incesto expresamente la Novísima Recopilación,¹² pero antes sólo aparecía en forma de delito grave sin autonomía y punible como adulterio. La connotación que en tal Recopilación se daba al incesto, considerado como crimen grave, era cuando se cometía con un pariente hasta en cuarto grado, con comadre, con

¹¹ Consúltese el trabajo "Incesto" de A. Quintano Ripollés, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, 1965, Tomo XII, p. 133.

¹² Libro III, Título XIX, Ley 1a. Parte VII.

cuñada, o con mujer religiosa profesas. Las penas eran las de herejía y siempre perdía el delincuente la mitad de sus bienes.

Dentro del Derecho Comparado, podemos mencionar que en Italia se le trata como un verdadero delito contra la familia; en otros países es delito contra la humanidad como agravación del estupro; en Argentina y Francia es una agravación de los delitos sexuales, mientras que en Uruguay y Venezuela es delito autónomo referido al ataque a las buenas costumbres.

En México, el incesto fue tratado por el Código de Martínez de Castro de 1871 como circunstancia agravante del tipo de estupro. En cambio el Código de Almaraz de 1929 tipificó el incesto como delito autónomo, y contra la libertad sexual. Se ocupaba de las varias hipótesis presentables, pero penalizando esencialmente con sanciones correctivas y educativas, dejando sólo para casos especiales la pena privativa de la libertad.

El Código de 1931, aún vigente enmarca el incesto en el artículo 272, que es parte de un Título que ya hemos criticado antes, denominado Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Trata el 272 de 3 hipótesis distintas:

— Ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, con pena de uno a seis años de prisión.

— Descendientes que participen con sus ascendientes en la relación sexual, pena de 6 meses a tres años de prisión; e

— Igual sanción a las anteriores para el caso de relaciones incestuosas entre hermanos.

Lo más importante, a nuestro entender, es identificar el bien jurídico protegido por el tipo penal, partiendo para ello de las hipótesis del incesto que trata el Código Penal, puesto que es indudable que en el artículo 272 están refugiados los comportamientos agresivos para el bien jurídico que son reputados como socialmente intolerables.

Hemos mencionado que la familia es el bien común en todo este tipo de delitos que venimos tratando; pero también mencionamos a las constelaciones que giran en su entorno y que le dan consistencia y valor superior. En este sentido, el orden familiar es un elemento conformador del desarrollo correcto y armónico de la familia, por lo que debe sancionarse aquello que atente gravemente contra el orden reconocido. Esto hace que identifiquemos como bien jurídicamente protegido al orden familiar, pero entendiéndose en su aceptación natura-

listica, como consanguíneos y no llegamos a la cobertura civilística del parentesco por afinidad o por adopción.

Con ánimo de hacer más evidente la relación que existe entre el delito de incesto y el bien jurídico que hemos identificado como familia, resulta conveniente mencionar otro aspecto, hasta ahora no tratado y que tiene especial importancia para la persistencia del tipo de incesto. Nos referimos a la cuestión genética. En efecto, se ha podido comprobar fehacientemente que de relaciones incestuosas surgen con mayor incidencia, productos, es decir hijos, que revelan taras irreversibles, de orden físico o mental. Resultaría prolijo y excesivo en este estudio referirnos específicamente a ellas, por lo que simplemente las mencionamos.

El ideal social de una familia comprende, como es natural, el de la salud de sus miembros, por lo que es recomendable tener máxima cautela en la posibilidad de generar miembros imperfectos de origen para incorporarlos al núcleo familiar.

Es sabida la dificultad para manejar el desarrollo de hijos con alguna tara, al extremo que es frecuente saber que la llegada de uno de ellos acaba desintegrando una familia. El incesto propicia esta situación, por lo que consideramos que debe sostenerse la permanencia del tipo correspondiente en el Código Penal.

D. Delitos contra la filiación o contra el estado civil. En distintas partes de este trabajo hemos hecho referencia a que alrededor de un bien jurídico identificado como "la familia", se mueven constelaciones que guardan estrecha vinculación con la unidad familiar. Este es el caso de los delitos o tipos de los que ahora vamos a ocuparnos, que son los que el Código vigente enumera en el Título Décimosexto bajo el rubro de "delitos contra el estado civil y la bigamia". Ya antes nos referimos a la figura típica de la bigamia, por que ahora lo haremos respecto de otros, es decir los artículos 277 y 278.

El artículo primeramente citado se refiere a cinco diferentes hipótesis típicas, en sus fracciones I a V. La sanción es común a todas ellas y se ha señalado como de prisión de 1 a 6 años y multa de cien a mil pesos a quien, con el fin de alterar el estado civil de una persona, incurra en la comisión de alguna de las cinco fracciones que luego siguen. Destacamos un fin específico en la conducta que es el de alterar el estado civil de una persona, lo que adquiere importancia porque constituye un ánimo necesariamente doloso en el comporta-

miento, para que pueda surtirse el tipo de que se trata según el caso concreto.

Esto significa, además, un factor que unifica a los tipos en cuestión y la redacción usada por la ley, es decir, "el fin de alterar el estado civil", denota claramente a nuestro entender, el común denominador que permite ubicar a estos tipos entre los que afectan la unidad familiar, puesto que al alterar el estado civil, o pretender hacerlo con intención preconcebida, lo que se quiere alcanzar, en última instancia, es la desincorporación de alguien respecto de un vínculo familiar que por naturaleza le corresponde.¹³ Aquí se ubica, a nuestro entender este tipo de delitos como atentatorios contra la familia.

Los tipos en cuestión son los siguientes:

— Fracción I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre. En esta figura tenemos un doble agravio a la filiación, puesto que en primer término, se atribuye la maternidad a una mujer que no está en tal situación, con lo cual se modifica el derecho natural a la vinculación con la madre auténtica; en segundo término, encontramos que la madre natural es privada de su derecho a la filiación respecto de su hijo parido. Con esto de nueva cuenta se altera la filiación y el estado civil que corresponde al recién nacido.

La naturaleza del bien jurídicamente protegido en este caso ha pasado por posiciones extremas, ya que en la época romana, como menciona Díaz-Santos, la llamada suposición de parto era tratada por la "Lex Cornelia de Falsis" y se reputaba como delito de falsedad.¹⁴ En igual sentido se pronunciaron en su tiempo las Partidas que bajo la influencia del Derecho Canónico consideraban falsario a quien alteraba el origen de un menor.

Las legislaciones europeas del inicio del presente siglo, como la alemana, italiana y suiza seguían la idea de la falsedad, bajo el principio de que el objeto real de la tutela penal lo constituye el interés del Estado en lograr certeza acerca de la verdadera existencia de un sujeto y su real estado de filiación. Se trata, como se podrá captar, de una posición en extremo publicista, que siempre ha sido criticada con severidad.

Por otra parte, en el extremo opuesto aparece la tesis de que el bien protegido lo constituye el interés del recién nacido a la integri-

dad de su verdadera filiación, como atributo de su personalidad. Estamos aquí frente a lo privatista por excelencia y por tanto igualmente extremista.

La tesis más moderna, dominante se puede considerar, es la derivada del reconocimiento, como derecho humano esencial al correspondiente a la filiación real y al derecho a disponer de un nombre y apellido para todas las consecuencias de derecho imaginables. Siendo la filiación una de las más importantes relaciones de una familia, natural resulta la ubicación del tipo que tratamos entre los delitos contra la familia.

— Fracción II. La conducta típica descrita consiste en "hacer registrar en las oficinas del registro civil un nacimiento no verificado".

Esta figura, en realidad, resulta extraña dentro del conjunto de delitos contra la filiación y probablemente su mejor ubicación fuera como una forma de falsedad.

En efecto, no es clara la relación que puede existir entre un falso asiento en el Registro Civil respecto de un nacimiento no verificado, y la condición común a todos los delitos de este artículo que, como se dijo, consiste en actuar con el fin de alterar el estado civil. No es posible, lógica o figuradamente, alterar el estado civil de alguien no nacido, por la simple razón de que ni siquiera existe. Por ello, consideramos que este tipo sale sobrando, puesto que nunca va a poderse integrar plenamente la figura típica.

— Fracción III. Esta fracción contiene a su vez cuatro alternativas. Dice que cometen el delito los padres que no presentan a un hijo suyo al Registro, ello, redundantemente, con el propósito de hacerle perder su estado civil (1a.), o bien cuando declaren falsamente su fallecimiento (2a.), cuando lo presenten ocultando su nombre (3a.); y en último lugar, si lo presentan suponiendo que los padres son otras personas (4a.).

Según nuestro entendimiento, es obvio el ataque al bien jurídico familia, si consideramos como lo hace la doctrina dominante, que la filiación es trascendente en las relaciones derivadas del vínculo familiar. Se podría, si acaso, polemizar acerca de un doble bien jurídicamente tutelado, ya que es igualmente claro el comportamiento falaz en que incurren quienes lo colocan en las hipótesis típicas que se han mencionado.¹⁵

¹⁵ ASÍ PISAPIA. "Delitti contro lo stato", (Estratto dal *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1971, p. 10), entre otros.

¹³ ASÍ M. JIMÉNEZ HUERTA, *ob. cit.*, 18-54-55.

¹⁴ Ver *ob. cit.*, p. 309 y ss.

Como ya se dijo líneas antes, el Estado tiene interés en que los datos que consten en los antecedentes públicos registrados coincidan con la verdad, por la enorme trascendencia que tales asientos registrados tienen en la vida moderna, por ello, puede hablarse de delitos contra la fe pública, a la par que delitos contra la familia.

— Fracción IV. Se refiere también a una doble tipificación, ya que indica que se surte el tipo al substituirse un niño por otro, u ocultando un infante.

El primer caso, conocido como substitución de niño, se caracteriza, como lo expone Jiménez Huerta, por el cambio efectuado por cualquier persona, de un niño por otro, con el propósito de alterar el estado civil de uno o de ambos.¹⁶

Este es un caso frecuentemente dramatizado, pues se presta para desbordar la imaginación; penalmente tiene su principal característica en que la substitución del niño se lleve a efecto con el ya conocido ánimo de alterar el estado civil de alguien siendo irrelevante el alcance y objetivo concreto que se produzca, pues será una consecuencia lógica y natural del estado civil alterado. Por ejemplo, si se substituye al niño para que no obtenga sus derechos hereditarios, ello será como consecuencia de la alteración en la filiación.

Evidentemente aquí se presenta una estrecha vinculación con el Derecho Civil, pues se sabe de la obligación de registrar en las oficinas administrativas correspondientes al recién nacido, precisamente para establecer su filiación; con esto lo que queremos destacar es que la substitución, aun cuando no lo diga el tipo, se debe entender realizada en las Oficinas del Registro o ante el Juez del caso.

La otra figura de esta fracción, es decir la relativa a la llamada ocultación de infante, es de una gran vaguedad e imprecisión y ni siquiera la doctrina se ha inclinado en algún sentido mayoritariamente. Si vemos las opiniones discrepantes de González de la Vega, Carranca y Trujillo y Jiménez Huerta, se podrá evidenciar esta situación confusa.

Ocultación, entendemos nosotros, es la omisión de hacer la inscripción legal de un menor en las Oficinas del Registro Civil, siempre y cuando el acto esté presidido por la intención de alterar el estado civil del no registrado.¹⁷

¹⁶ Véase la obra citada de JIMÉNEZ HUERTA, pp. 75 y ss.

¹⁷ Para cualquier interesado en los detalles, es recomendable acudir a *Derecho Penal Mexicano*, Tomo V, de JIMÉNEZ HUERTA, pp. 77 y ss.

— Fracción V. Dentro de la desordenada enumeración del artículo 277 aparece esta última fracción concerniente a la figura llamada de usurpación de estado civil.

Vale consignar el texto exacto, para conocer la integración del tipo. Dice así:

“V. . . Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden”.

Teníamos interés en esta transcripción por razón de que es una más de las del 277 que nos ocupa y que, como se ha precisado antes, señala como ánimo común para todas las fracciones el actuar con el fin de alterar el estado civil de alguien; ahora, en esta fracción V, tenemos, además otro fin distinto, como es el de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

Aplicando el criterio derivado del principio de especialidad, debemos inclinarnos a excluir el ánimo genérico del 277 en su primer párrafo y quedarnos solamente con el ánimo específico de la fracción V. Sin embargo, esta solución por simple soslaya cuestiones importantes que sólo pueden ser analizadas a la luz de las legislaciones comparadas, especialmente la española. Nos referimos, por ejemplo, a la posible usurpación del estado civil de un muerto o de alguien inexistente, entre otros problemas.

Lo importante para nuestro análisis se ubica en la convicción de estos delitos, cada uno de ellos con sus propias características típicas, harían mejor papel como solución de conflictos, ubicados correctamente como figuras contra la familia, ya que atentan contra la filiación, parte integral de la unidad familiar.

E. Otra constelación de delitos. Por último habremos de referirnos a otra constelación de delitos que, a nuestro entender, tampoco están correctamente sistematizados por nuestro Código Penal vigente. Nos referimos a que entre los tipos del Título Décimonoveno del Código correspondiente a los delitos contra la vida y la integridad corporal, figura un Capítulo, el VII, que se refiere al abandono de personas, artículos 335 a 343, que contempla, en realidad, verdaderos atentados contra las obligaciones de la existencia de la familia.

Desde luego, no pretendemos afirmar que todos los tipos de este Capítulo estén vinculados con la familia, pues hay algunos, como el

abandono del incapaz o del lesionado, que si son verdaderos tipos de peligro contra la vida y la integridad corporal; pero hay otros, que son los que nos interesan ahora, que dependen del vínculo familiar y de ellos habremos de ocuparnos.

En este orden de ideas, diremos que el 335 se refiere al abandono del incapaz o del enfermo, teniendo la obligación de cuidarlos. Esta obligación emerge del Código Civil que sólo recoge el interés social en la solidaridad familiar. Es evidente esta situación si consideramos que además de la posible pena de prisión para el incumplido, se le puede privar de la patria potestad o de la tutela, si es ascendiente o tutor del abandonado, lo que pone claramente a la luz la existencia del vínculo derivado de la unidad familiar.

Luego tenemos en el 336 un caso más claro de afectación a la familia, como lo es el del abandono de los hijos o del cónyuge, dejándolos sin los recursos necesarios para atender sus necesidades de subsistencia. En estos casos, además de la pena de prisión, puede considerarse a la privación de los derechos de familia, fórmula esta que pone de relieve la relación del tipo con la afectación a la familia, aún cuando sea imprecisa en la significación de los derechos de familia de los que puede ser privado el delincuente.

Hay otro tipo, el 336 bis, de relativamente reciente incorporación a la tipología vigente, que se surte cuando el obligado al cumplimiento de los deberes de subsistencia familiar se coloca intencionalmente en estado de insolvencia para eludir el cumplimiento de tales obligaciones. Este precepto era necesario por la irracional actitud que algunos asumían de hacerse aparecer como insolventes para no pagar las prestaciones de ley, lo que eleva el grado de atentado contra la unidad familiar.

En todos estos tipos, lo que debe quedar claro, es que el comportamiento del delincuente o del autor de la conducta, incide sobre el bien jurídico que genéricamente denominamos familia, entendida ésta en la forma que ha quedado expuesta. Según el tipo de que se trate, se afectará alguno de los ingredientes que valorativamente conforman a la familia y que la sociedad reconoce. Así, se puede afectar el orden familiar, la moral familiar, los deberes de asistencia familiar y otros, pero todos ellos inmersos en el bien familia.

IV. COMENTARIO ADICIONAL

Es pertinente, antes de formular puntos de conclusiones, hacer referencia a que actualmente se está analizando un Proyecto de nuevo Código Penal para el Distrito Federal en la Cámara de Diputados.

Este Proyecto, con mejor y más moderno criterio acerca de los bienes tutelados, contiene un Capítulo relativo a los delitos contra la familia, sistematizando más ordenadamente algunos tipos que aparecen disgregados en el Código penal vigente.

Sólo hacemos la observación anterior, sin entrar a más detalles, por la etapa en que se encuentra el Proyecto y la natural ignorancia acerca de su final.

V. CONCLUSIONES

1a. Es indudable la existencia de tipos penales que tienen como función proteger jurídicamente a la familia, considerada como bien tutelable;

2a. Por razones no explicadas, el Código Penal vigente, tiene una sistemática que pretende eludir la tutela de la familia, abiertamente;

3a. Es conveniente ordenar más adecuada y coherentemente los tipos contra la familia, empezando por reconocer la necesidad social de protección que ella exige, como célula esencial de la sociedad.

IV. COMENTARIOS ADICIONALES

El presente estudio sobre la familia mexicana, en sus aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales, constituye un aporte a la doctrina constitucional y a la ciencia del derecho. El autor, con su estilo claro y preciso, logra presentar un panorama completo de la familia mexicana, desde sus fundamentos jurídicos hasta sus problemas actuales. Este trabajo es una lectura obligada para todos aquellos interesados en el estudio de la familia y en la defensa de la Constitución mexicana.

V. CONCLUSIONES

La familia mexicana, en sus aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales, constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico y social. La defensa de la familia y de la Constitución mexicana es una tarea que requiere el compromiso de todos los mexicanos. Este estudio demuestra que la familia mexicana ha sufrido cambios profundos a lo largo de su historia, pero que sigue siendo el núcleo básico de la sociedad mexicana. Por lo tanto, es necesario fortalecer la familia y la Constitución mexicana para garantizar el futuro de México.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PENSAMIENTO DE MANUEL HERRERA Y LASSO

Arturo F. ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SUMARIO: I. Introducción. II. La doctrina de don Manuel Herrera y Lasso. III. Comentarios a la doctrina del maestro Herrera y Lasso. IV. Alcance actual de la defensa de la Constitución.

I. INTRODUCCIÓN

Adentrarnos en la doctrina del distinguido constitucionalista don Manuel Herrera y Lasso es, como siempre, una oportunidad de aprender y reflexionar. Sin embargo, ocuparnos de las ideas del maestro con visión crítica puede parecer imperdonable atrevimiento. No es tal. A los clásicos, y el maestro lo es en más de un sentido, el estudioso se acerca con afán de enriquecerse. Pero su conocimiento no puede reducirse a una mera asimilación acrítica. El avance de la ciencia ha requerido siempre el constante cuestionamiento. Las ideas de los grandes más que verdades inamovibles son punto de referencia en el debate creativo.

Don Manuel Herrera y Lasso no se propuso elaborar una verdadera doctrina sobre la defensa de la Constitución mexicana. Sin embargo, con esa extraordinaria facilidad que tenía para profundizar sobre todo tema que tocaba, así fuera tangencialmente, confeccionó una doctrina sólida y profunda sobre el particular.

En efecto, dentro de sus famosos *Estudios Constitucionales* (segunda serie) publicados en 1964, el maestro dedica un ensayo, bastante amplio, a lo que denominó "Normas destructoras del régimen federal. El artículo 108". Dentro de este estudio se ocupa en los capítulos IX, X, XI, XII y XIII de la defensa de la Constitución. El enfoque del maestro, dada la intención del ensayo, es, sobre todo, demostrar que el artículo 108 constitucional era una norma contraria al régimen fe-

deral, y elaborar una doctrina que permitiera una sana integración de dicho precepto a todo el sistema. Si bien éste era el propósito, la realidad fue más allá, constituyendo, los citados capítulos, una auténtica teoría sobre la defensa constitucional. Sobre este estudio versará nuestro trabajo.

No desconocemos que el maestro tuvo otros estudios en que analiza algunos aspectos del juicio de amparo. Específicamente, el prólogo al libro de F. Jorge Gaxiola *Mariano Otero (Creador del juicio de Amparo)*, publicado en sus *Estudios de Derecho Constitucional* (Editorial Polis, México, 1940) con el título "*Un Libro Sobre Otero*"; así como los estudios "*El Centenario del Amparo*"; "*Los Constructores del Amparo*", y el "*Aspecto Humano del Amparo. Su sentido nacional (El gobierno de los jueces)*", recopilados en la obra *Estudios Políticos y Constitucionales*, publicada con motivo del LXXV aniversario de la fundación de la Escuela Libre de Derecho. Sin embargo, estos artículos, en su mayoría de carácter histórico, ameritan un análisis particular sobre *Manuel Herrera y Lasso y el juicio de amparo*, que rebasaría los alcances que nos hemos propuesto.

El asunto a tratar es uno de los más apasionantes del derecho constitucional. Puede afirmarse, que el gran tema del constitucionalismo del siglo veinte es, precisamente, la defensa de la Constitución, en general, y la justicia constitucional, en particular. Con sobrada razón ha afirmado el distinguido profesor italiano Mauro Cappelletti que la justicia constitucional es "la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época". Dentro de la justicia constitucional, la interpretación constitucional es el punto medular, en ella reside su progreso o su fracaso; en ella también, su debilidad y su fortaleza. Con autoridad ha dicho el profesor Rubio Llorente, en el excelente prólogo al libro de Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución* (Madrid, 1984), que "la Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución ... en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la teoría del Estado e incluso, me atrevería a decir, en alguna medida, de la Teoría del Derecho".

De tal suerte, la justicia constitucional es el aspecto más dinámico del derecho constitucional. El constitucionalismo como sistema se juega su suerte en la justicia constitucional. La democracia requiere, cada vez más, que el Estado constitucional de derecho sea un Estado juris-

dicional de derecho. La estabilidad constitucional de los Estados Unidos de América, así como los experimentos europeos así lo demuestran.

Por otra parte, la justicia constitucional amplía cada vez más sus horizontes. En efecto, empieza a configurarse una *justicia constitucional supranacional* que tiene por objeto, sobre todo, la correcta defensa de los derechos fundamentales del hombre. Es fácil inferir que la justicia constitucional es un instrumento eminentemente valorativo. Se configura en ella, una cultura jurídica uniforme formada por valores generalmente aceptados, principalmente, el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos.

El tema a tratar es demasiado amplio y complejo. Cada uno de los aspectos que lo componen exige un tratamiento profundo, imposible en un trabajo de estas características. Nos limitaremos a dar una visión general, necesariamente superficial, al respecto.

Iniciamos describiendo, sucintamente, la teoría de don Manuel Herrera y Lasso, para después hacer algunos comentarios sobre las ideas del maestro. Posteriormente, intentaremos establecer el alcance actual de la defensa constitucional.

II. LA DOCTRINA DE DON MANUEL HERRERA Y LASSO

Como ya se indicó, el maestro Herrera y Lasso se ocupa de la defensa de la Constitución al analizar el artículo 108 como "norma destructora del sistema federal". No obstante que el maestro estudia nuestro tema con otros propósitos, elabora una auténtica doctrina que, sin exageración, puede afirmarse que es una de las más sólidas y técnicas que sobre el particular se han esbozado en nuestro país.

A decir de don Manuel, la Constitución instituye para su defensa tres medios, a saber: el indirecto del amparo, el directo de la controversia entre poderes (artículos 104, fracción IV y 105) y el adicional, consistente en el enjuiciamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo locales (artículos 108 y 111).¹

Con vista en estos tres tipos de control, nuestro autor establece una conclusión provisional, en los siguientes términos:

¹ Cfr. *Estudios Constitucionales*, segunda serie, México, Editorial Jus, S. A., 1964, p. 254.

El enjuiciamiento de las Legislaturas, medio extremo de control de la constitucionalidad, sólo procede contra violaciones no reparables por el amparo o, en su defecto, por la "controversia". Pero adviértase —y en ello estriba lo provisional de la conclusión— que se trata de una regla general susceptible de excepciones que la precisen y completen y en cuya puntualización está la cabal solución del problema.²

De tal suerte, en principio y como regla general, la controversia del artículo 105 solamente será procedente cuando el juicio de amparo sea insuficiente, y el control adicional, será viable, exclusivamente, en los casos en que el medio indirecto y el directo no sean bastantes para reparar el orden constitucional violado.

Estariamos en supuestos de aplicación de esta regla general, si las legislaturas estatales "rescindieran, total o parcialmente, el pacto federal u omitieran el cumplimiento de las obligaciones que les imponen los artículos 73-III y 135".³

En el primer supuesto, para Herrera y Lasso, no habría lugar al amparo por no existir violación de garantías individuales ni invasión jurisdiccional que lo fundaran. Tampoco podría entablarse la controversia por falta de idoneidad en el demandado,⁴ amén de que los rebeldes no reconocerían jurisdicción de una autoridad (la Suprema Corte de Justicia de la Nación) perteneciente a una Federación de la cual pretenden separarse.

En la segunda hipótesis, es decir, cuando las autoridades locales se abstienen de dar respuesta sobre su consentimiento o su disenso, en los supuestos de los artículos 73 fracción III y 135 constitucionales, se actualiza la procedencia del control adicional, atento a que ni el amparo ni la controversia serían suficientes para evitar este "sabotaje de la Constitución".⁵

Como ya se adelantó, esta solución provisional no está exenta de excepciones. De este tipo son los casos contenidos en las fracciones II

² *Idem*, p. 256.

³ *Idem*, p. 257.

⁴ *Cfr. Idem*, pp. 257-258.

⁵ *Cfr. Idem*, p. 258. Recuérdese que para el Maestro es indispensable esperar la votación de todas las legislaturas estatales antes de proceder a su cómputo y llevar a cabo la declaratoria de aprobación de las reformas constitucionales. En contra *Vid. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F., El juicio de amparo en contra de reformas constitucionales*, tesis de licenciatura, México, Escuela Libre de Derecho, 1985, pp. 134-135; ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional Estatal*, primera edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1988, pp. 322-323.

y III del artículo 118, en los cuales, son procedentes, concomitantemente, los tres medios de control.

Asimismo, a decir del maestro, en los casos del artículo 107 fracciones XVI y XVII, el amparo y el juicio político son coadyuvantes vinculados a una finalidad común. El tercer medio de control se impone para asegurar la eficacia del primero.⁶

El maestro Herrera y Lasso analiza las relaciones entre el juicio de amparo y la controversia constitucional. Luego de proclamarse por la necesidad de una Ley reglamentaria del artículo 105, establece las siguientes reglas.

El principio rector; la controversia procede en defecto del amparo y, en concomitancia con él, cuando para la reparación de las violaciones, sea insuficiente el medio indirecto.⁷

La controversia es medio exclusivo de control contra el desacato de las inhibiciones comprendidas en el artículo 115 (hoy 116) y de las prohibiciones absolutas consagradas en el mismo precepto y en las fracciones del artículo 117, que impiden a los estados el ejercicio de facultades no reservadas a la jurisdicción federal.⁸

Por último, proceden ambos medios de control en los casos siguientes: a) Deuda agraria (artículo 27-XVII-e; dicha fracción por reforma constitucional publicada en *Diario Oficial* de la Federación de 6 de enero de 1992, no responde al contexto al que se refiere el autor); b) Convenio de límites no aprobados por el Congreso (artículos 73-IV y 116; hoy la norma relativa al último precepto se ha transplantado al 46); c) Prohibiciones relativas consagradas en la fracción I del artículo 118; d) Extradición internacional e interestatal (artículo 119), y e) Derecho interestadual en materia de actos públicos, registros y procedimientos judiciales (artículo 121).⁹

Por otra parte, Herrera y Lasso realiza interesantes consideraciones tendientes a aclarar la mecánica establecida en el artículo 105 de la Constitución General de la República.

El primer problema que aborda es el relativo al órgano legitimado para accionar el proceso. En principio, la iniciativa recae en el "poder lesionado en sus facultades por el acto inconstitucional de otro poder".

⁶ *Cfr. Op. cit.*, p. 262.

⁷ *Cfr. Idem*, p. 263.

⁸ *Cfr. Idem*, p. 264.

⁹ *Cfr. Idem*, pp. 264-265.

Cuando no hay "poder lesionado", el legitimado es el Presidente de la República.¹⁰

En los casos en que los estados sean actores, las constituciones estatales son las facultadas para establecer los órganos competentes, ante el silencio de la Constitución federal. Es conveniente, que la ley reglamentaria establezca una solución supletoria, a saber: si la Constitución local no designa el órgano capacitado para promover el juicio, puede hacerlo el "poder lesionado" y, en su defecto, el gobernador estatal.

El maestro concluye su teoría, expuesta aquí brevemente, proponiendo una reforma al artículo 108 en los siguientes términos:

Se instituye un medio "adicional" de control de la constitucionalidad. Los diputados a las Legislaturas de los Estados son responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales no reparables mediante los juicios estatuidos en los artículos 103 y 105 o cuando, por la gravedad de las resoluciones y la amplitud de su alcance, la ejecución sea insuficiente en los casos de amparo o tardía en los de "controversia". La Ley reglamentaria precisará la procedencia exclusiva o concomitante de este tercer medio de control.¹¹

III. COMENTARIOS A LA DOCTRINA DEL MAESTRO HERRERA Y LASSO

Don Manuel Herrera y Lasso, aunque con otros propósitos, elabora una verdadera doctrina sobre la defensa de la Constitución mexicana. Doctrina que constituye una de las estructuraciones más sólidas realizadas por esas fechas, en nuestro país.

Si bien el concepto moderno de defensa de la Constitución es bastante más amplio que el utilizado por el maestro, la tesis en estudio revela, a la luz de su época, innegables aportaciones, algunas todavía vigentes hoy en día.

En primer término, el maestro advierte con claridad que el juicio de amparo no es suficiente para reparar cualquier tipo de violación a la norma fundamental. El desconocimiento de esta realidad, sobre la cual insiste, por su parte, don Felipe Tena Ramírez,¹² ha resultado de efectos desastrosos para la evolución de la justicia constitucional en

¹⁰ Cfr. *Idem*, p. 266.

¹¹ *Idem*, p. 271.

¹² Cfr. *Derecho Constitucional Mexicano*, vigésima edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1984, pp. 491-533.

México. Pretender dotar al juicio de amparo de un alcance que constitucionalmente no le corresponde, ha obstruido la exploración científica de otros medios de defensa. Además, paradójicamente, ha impedido el propio perfeccionamiento del amparo.

Por otra parte, don Manuel utiliza una terminología que podemos calificar de clásica (control indirecto, directo y adicional). Resulta imposible, en una exposición de la defensa constitucional en México, no referirse a la clasificación de Herrera y Lasso. Con todo, designar hoy al amparo como medio indirecto de control de la constitucionalidad parece incorrecto.

En efecto, se ha dicho que el juicio de amparo es un medio directo de defensa del individuo e indirecto de la Constitución.¹³ Esta idea, parte del supuesto de que lo auténticamente constitucional es la parte orgánica de la norma fundamental. Es decir, la creación, organización y competencia de los órganos del Estado.

Hoy, es generalmente aceptado, que la parte dogmática de las constituciones, específicamente, el reconocimiento de los derechos fundamentales, reviste carácter indiscutiblemente constitucional. No sólo por estar consagrados, dichos derechos, en las leyes supremas, sino, sobre todo, porque la importancia de tales derechos es tal, que el constitucionalismo moderno tiene como fin primordial, precisamente, la salvaguarda de los citados derechos fundamentales.¹⁴

Por lo que hace al control adicional, en él, deben incluirse todos los supuestos de responsabilidad previstos en el título cuarto de la Constitución, y no, exclusivamente, los casos de responsabilidad de los gobernadores y legislaturas locales.¹⁵

¹³ Cfr. *Idem*, p. 512.

¹⁴ Incluso, no han faltado autores que, situándose en el otro extremo, consideran, erróneamente, que lo único auténticamente constitucional son los derechos. En este sentido *Vid.* CLAVERO, Bartolomé, *Los Derechos y los Jueces*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1988. En la doctrina contemporánea alemana se afirma con frecuencia que los derechos fundamentales no tienen efecto en función de las leyes, sino que éstas tienen eficacia en función de los derechos fundamentales. Cfr. HÄBERLE, Pedro, "La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, director de la edición Antonio López Pina, Madrid, Civitas, 1991, p. 264.

¹⁵ Como es sabido, dicho título fue reformado en diciembre de 1982, empero, las reformas en cuestión no modifican el elemento conceptual del control adicional para los efectos que nos ocupan.

El maestro Herrera y Lasso, como ya se indicó, considera al artículo 108, por lo que toca a la responsabilidad de los legisladores locales, como una norma destructora del régimen federal.¹⁶ En atención a ello, debe acudirse a dicho precepto de manera excepcional, de tal suerte, que no se ponga en peligro, la mecánica del sistema federal. Con vista a estas ideas, don Manuel estructura una mecánica protectora bajo el principio, que podemos denominar, de subsidiariedad. Sólo ante la improcedencia o insuficiencia del juicio de amparo es dable acudir a la controversia. Y únicamente, cuando el medio indirecto y el directo no sean bastantes, es factible recurrir al control adicional. Tal es la regla general.

Si bien, esta llamada "solución provisional" es entendible bajo la óptica conceptual arriba descrita, no parece tener suficiente sustento constitucional. La Constitución consagra los tres medios de manera independiente. No existe argumento histórico o técnico que los convierta en dependientes entre sí. La controversia no está sujeta al presupuesto procesal de la insuficiencia del amparo. Los titulares de la acción en uno y otro caso son diferentes. Los efectos, asimismo, son diversos. Otro tanto puede decirse del control adicional. La responsabilidad de los servidores públicos estatales no requiere la improcedencia de otros medios de control.

El sistema de nuestra Constitución no estableció limitaciones de ese tipo. No es lícito que el intérprete las formule. Por lo demás, la ausencia de tal exigencia es lógica. La acción del titular de un órgano del Estado lesionado por el actuar de otro poder no puede estar condicionado a la procedencia del amparo, cuyo titular es un particular agraviado. La sanción represiva a los servidores públicos locales no se vincula con la anulación de los actos de autoridad que generaron dicha responsabilidad. Ambas consecuencias jurídicas son autónomas.

En otro orden de ideas, el maestro Herrera y Lasso sostiene que el contenido de las fracciones XVI y XVII del artículo 107 de la Constitución General de la República, son casos en los cuales el control adicional es coadyuvante del juicio de amparo. "La Constitución impone el tercer medio de control para asegurar la eficacia del primero".¹⁷

Sólo parcialmente compartimos el criterio del maestro. La fracción XVI del citado artículo 107 establece que:

¹⁶ Cfr. *Op. cit.*, p. 228.

¹⁷ *Idem*, p. 262.

Si concedido el amparo la autoridad responsable insiste en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de Distrito que corresponda.

Por su parte, la fracción XVII ordena:

La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente, siendo, en estos dos últimos casos, solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que a prestare.

Lo dispuesto en las normas jurídicas transcritas no constituye un control "adicional" diverso al juicio de amparo. Por el contrario, son disposiciones que tienden, precisamente, a asegurar el cumplimiento de las resoluciones de amparo, ya en el principal ya en el incidente, formando parte de la estructura constitucional y legal de nuestro juicio de garantías.

Ocurre, sin embargo, que, por mandato de la ley reglamentaria, cuando las autoridades responsables, que se colocan en las hipótesis de las referidas fracciones XVI y XVII, están sujetas al régimen de declaratoria de procedencia previsto en el título cuarto, con la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que se han actualizado dichos supuestos, se requerirá a la autoridad que corresponda, a efecto de que dicte la relativa declaratoria de procedencia. Solamente en este sentido puede considerarse al control adicional como garante de la eficacia del amparo.

En este punto debe destacarse el criterio del Pleno de la Suprema Corte contenido en la tesis XI/91^{17 bis} en el sentido de que si se considera que una autoridad responsable incurrió en inexecución de sentencia en términos de lo dispuesto por el artículo 107 fracción XVI de la Constitución General de la República, el Tribunal Pleno separará a la autoridad de su cargo y deberá consignarla *directamente* ante el juez de Distrito que corresponda.

La tesis aludida genera, cuando menos, los siguientes puntos de interés: en primer término, significa una excepción a los artículos 21 y

^{17 bis} Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 39, marzo de 1991, p. 32.

102 de la Constitución, en cuanto al monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. En el caso a que se refiere la tesis de la Corte, es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien ejercita la acción penal. Con todo, debe entenderse que una vez consignada la autoridad responsable, el proceso continuará a cargo del Ministerio Público Federal como parte acusadora.

Por otra parte, la tesis que nos ocupa declara implícitamente la inconstitucionalidad del artículo 108 de la Ley de Amparo. En efecto, el segundo párrafo del artículo citado establece:

Quando se trate de la repetición del acto reclamado, así como en el caso de inejecución de sentencia de amparo a que se refieren los artículos anteriores, la Suprema Corte de Justicia determinará, si procediere, que la autoridad responsable quede inmediatamente separada de su cargo y la consignará al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

Por su parte, el diverso 208 de la Ley de Amparo, prevé que:

Si después de concedido el Amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir el cumplimiento de la sentencia de la autoridad federal, inmediatamente será separada de su cargo y consignada al juez de Distrito que corresponda, para que la juzgue por la desobediencia cometida, la que será sancionada en los términos que el Código Penal aplicable en materia federal señala para el delito de abuso de autoridad.

La Corte considera que existe una contradicción entre los dos artículos de la Ley de Amparo en cuestión y aplica el 208. Cuando en realidad el texto de este precepto es irrelevante. La Corte realiza una interpretación de la fracción XVI del artículo 107 constitucional. Frente a esta interpretación emanada del órgano constitucionalmente facultado para ello el texto del artículo 108 de la Ley de Amparo es contradictorio. Por ende, la Corte deja de aplicar el 108 y consigna directamente a la autoridad responsable. Es en realidad un conflicto entre el artículo 107 fracción XVI de la Constitución —tal como es interpretado por la Corte— y el artículo 108 de su Ley reglamentaria. La controversia se da entre normas de diferente jerarquía y no entre artículos del mismo cuerpo legal. Por lo demás, el 108 y el 208 son

compatibles a la luz de una interpretación diferente de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución General de la República.

Por último, debe decirse que la procedencia concomitante del amparo y la controversia en los casos de conflictos de límites territoriales entre Estados, no es tal. En efecto, existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que los conflictos territoriales entre estados son materia política no justiciable vía juicio de amparo.¹⁸ Por otro lado, el máximo tribunal ha considerado que, en los casos que nos ocupan, los particulares carecen de interés jurídico alguno.¹⁹

Desde luego, las ideas del maestro ameritan mayores y más profundas reflexiones. Estas son algunas consideraciones que, como es obvio, no pretenden ser concluyentes. Por el contrario, constituyen un punto de vista preliminar que amerita debates posteriores.

A pesar de que la teoría de don Manuel, escrita hace más de treinta años, requiere ser actualizada a fin de estar acorde a las modernas tendencias que día a día se suceden en esta área tan dinámica del derecho constitucional; su pensamiento sigue siendo punto de partida y referencia obligada. Aquel que intente adentrarse en el apasionante mundo de la defensa constitucional en México, requiere, necesariamente, conocer las enseñanzas del ilustre maestro.

IV. ALCANCE ACTUAL DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Desde las primeras civilizaciones el hombre se ha preocupado por el fenómeno del poder político y sus límites.²⁰ Por ello, se ha afirmado que el pensamiento contemporáneo de la defensa constitucional es heredero de una tradición que puede remontarse a la antigua Grecia.²¹ Sin negar la importancia de dicha evolución histórica, la problemática de las constituciones modernas y su defensa parte de presupuestos distintos y enfrenta nuevos retos.

¹⁸ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, Segunda Sala, Tercera parte, volumen II, p. 620.

¹⁹ *Informe de 1989*, Primera parte, Pleno, volumen II, p. 603.

²⁰ Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Instituciones Políticas en la Historia Universal*, segunda edición, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962, pp. 55-112; 55-140.

²¹ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Constitución y su Defensa" (Ponencia General), en *La Constitución y su Defensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 12.

Coincidimos con el distinguido profesor español Pedro de Vega en que el concepto de constitución en sentido moderno, como ley superior y suprema, sólo aparece con el triunfo de la revolución americana y el subsiguiente proceso revolucionario francés.²² Es en este nuevo contexto conceptual en el que nace y evoluciona la defensa constitucional propiamente dicha.

Es importante establecer, como presupuesto de este estudio, una verdad que, aunque puede parecer obvia, vale la pena enfatizar: la defensa jurídica de la Constitución, supone, necesariamente, la existencia y aceptación de ésta como norma jurídica. Aclaración pertinente, puesto que, como es sabido, en la Europa del siglo XIX y de principios del XX se negó el carácter de auténtica norma jurídica, como *Lex superior*, a la Constitución. Sus preceptos se consideraban simples principios de valor político, que servían de orientación al ordenamiento jurídico y adquirirían el rango de auténticas normas jurídicas cuando eran desarrollados por la legislación ordinaria.²³

Afirmar que la Constitución es, ante todo, norma jurídica no implica eliminar del concepto Constitución su innegable carga política²⁴ o sociológica.²⁵ Por el contrario, significa que con el advenimiento del cons-

²² "Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución", en su obra *Estudios Político-Constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 286.

²³ Cfr. DE VEGA, Pedro, "De la Constitución y su Defensa. Algunas Peculiaridades del Ordenamiento Constitucional Español", en *La Constitución y su Defensa*, cit., p. 215; y, RUBIO LLORENTE, Francisco y Manuel ARAGÓN REYES, "La Jurisdicción Constitucional", en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, segunda edición, Madrid, Civitas, 1988, p. 839. Esta disputa, por lo demás, no se encuentra totalmente superada; así, por ejemplo, Mario G. Losano afirma que: "El uso del término interpretación en el ámbito del Derecho Constitucional es casi un abuso; aquí es evidente, más que en otros campos del derecho, cómo el poder somete al Derecho a sus propias exigencias"; *Los Grandes Sistemas Jurídicos*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, p. 94.

²⁴ Cfr. Las ideas de Ferdinand LASALLE, quien encuentra la esencia de la Constitución en "la suma de los factores reales de poder". (*¿Qué es una Constitución?*, traducción de W. Rocas, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1980, p. 48.)

²⁵ Para un concepto predominantemente sociológico de la Constitución Vid. DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, traducción de Isidro Males, Jorge Seletura, José María Valles, Eliseo Aja y Manuel Gerpe; prólogo de Pablo Lucas Verdú, quinta edición española, Barcelona, Ediciones Ariel, 1990, p. 60; quien afirma: "El estudio del derecho constitucional ha de hacerse siempre en relación con el estudio de los aspectos no jurídicos de las instituciones políticas"; y LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, volumen II, tercera edición, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1986, pp. 445 y ss, entre otros.

titucionalismo se pretende, precisamente, que los problemas de poder se disuelvan en una norma jurídica y se resuelvan a través del Derecho. Aspiración esta nunca alcanzada por completo, mas nunca abandonada. Aun las prácticas o costumbres contrarias a la Constitución escrita (que no a la positiva) tienen significado jurídico y su problemática una resolución mediante la dogmática jurídico-constitucional.²⁶

La Constitución escrita se convierte, en palabras de Kelsen, en el supuesto último, el postulado formal de que depende la validez de todas las normas de un sistema jurídico.²⁷ Además de esta función jurídica de naturaleza lógico-formal, las constituciones contemporáneas pretenden garantizar una serie de valores políticos y sociales, así como los derechos fundamentales de los gobernados frente al poder público, dotándolos de supremacía y rigidez.

En los orígenes del constitucionalismo moderno se consideró que la simple consagración de los derechos fundamentales y de los límites a los titulares de los órganos del Estado era suficiente para garantizar su respeto. Desgraciadamente, la experiencia histórica ha demostrado lo contrario. Es necesario, entonces, establecer instrumentos que obliguen a los detentadores del poder público a ceñirse a lo mandado por la Constitución. Sin hipérbole se ha dicho que, ante la ausencia de dichas garantías controladoras, una Constitución no es plenamente obligatoria en su sentido técnico.²⁸

Se considera que la estructuración científica del tema que nos ocupa, se inicia con la clásica obra de Carl Schmitt *Der Hüter der Verfassung*²⁹ publicada en Alemania en el año de 1931, y traducida al español por Manuel Sánchez Sartro, en el mismo año, bajo el título *La Defensa de la Constitución*.³⁰ ¿Qué provocó enérgica y brillante respuesta de Hans Kelsen a través de su estudio *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (¿Quién debe ser el protector de la Constitu-

²⁶ Al respecto Vid. OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *El Derecho Constitucional Consuetudinario*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

²⁷ *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, tercera reimpresión, México, UNAM, 1983, p. 135.

²⁸ KELSEN, Hans, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, en *Anuario Jurídico*, I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 511.

²⁹ La traducción literal es El protector de la Constitución.

³⁰ Consultamos versión española con excelente prólogo de Pedro de Vega, publicada por Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1983.

ción?)³¹ Integrándose con ello, la clásica disputa sobre si el control de la constitucionalidad debe reservarse a órganos de carácter político o jurisdiccional, controversia que, por lo demás, sigue hasta nuestros días.³²

Desde entonces, el concepto de defensa de la Constitución ha estado en constante evolución. Las cambiantes circunstancias políticas han sido la causa principal de este desarrollo. La defensa constitucional ha tenido que responder a nuevos retos. Ante ataques, antes desconocidos, se ha visto obligada a ampliar su objeto y sus efectos.

Así es, durante este siglo los valores y principios constitucionales han resentido ataques de entidades no institucionalizadas, de la más variada índole. No sin razón se ha hablado de una crisis de la Constitución.³³ Es lógico, que en estas circunstancias, la defensa constitucional revista una amplitud mayor que en el pasado. Ya no son, de manera exclusiva, los detentadores del poder legítimo los que pueden vulnerar las normas fundamentales.

Actualmente, la defensa constitucional no está referida exclusivamente a fenómenos que implican una violación a la normativa constitucional, los cuales, mediante los instrumentos de control son corregidos. La defensa de la Constitución atiende un aspecto más extenso. En primer término, se ocupa de la *normalidad constitucional*; este sector, se integra por todos aquellos instrumentos que coadyuvan a que el sistema previsto en la Constitución funcione. Por otra parte, la defensa constitucional regula los instrumentos predominantemente de carácter procesal que permiten lograr la operatividad de las normas fundamentales cuando existe una violación de cualquier tipo respecto de dichas normas. Con frecuencia el término *defensa de la Constitución* se encuentra referido exclusivamente a este segundo aspecto, esto es, a la *anormalidad constitucional*.

³¹ Existe traducción italiana de Carmelo Geraci: "Chi dev'essere il custode della Costituzione", en *La Giustizia Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.

³² Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", traducción de Luis Aguirre de Luque y María García Rubio de Casas, en su obra *La Justicia Constitucional*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1988, pp. 158-196; SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, segunda edición, tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, pp. 53-56.

³³ Cfr. DE VEGA, Pedro, "Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución", cit.

La defensa constitucional puede ser entendida en un sentido amplio, así como de una forma restringida.

La defensa de la Constitución *lato sensu* se integra por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales, tendiendo a la aproximación entre la Constitución formal y la Constitución material.³⁴

Así, la defensa constitucional comprende la protección constitucional (*normalidad constitucional*) y las garantías constitucionales (*anormalidad constitucional*).³⁵

Al sector que se ocupa de la *normalidad constitucional* el distinguido maestro don Héctor Fix-Zamudio le llama *aspecto fisiológico*, porque tiene por objeto lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder.³⁶ La protección constitucional contiene todos los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos incorporados en las normas fundamentales con el propósito de limitar el ejercicio del poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos constitucionales.³⁷

Por lo tanto la protección constitucional se integra por la división de poderes, la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado, la institucionalización de los factores sociales, la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma.³⁸

De la *patología constitucional*,³⁹ utilizando la terminología del profesor Fix-Zamudio, se ocupan las garantías constitucionales, que son los instrumentos jurídicos predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas.⁴⁰

³⁴ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, pp. 15-16 y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F., *El Juicio de Amparo a la Luz de la Moderna Justicia Constitucional*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991, p. 324. Para el profesor Fix-Zamudio este concepto amplio es el único que debe llamarse defensa de la Constitución.

³⁵ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 17.

³⁶ Cfr. *Idem*, y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1968, p. 14.

³⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Constitución y su Defensa", *cit.*, pp. 17-41.

³⁸ Cfr. *Idem*.

³⁹ *Idem*, p. 18, y *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, *cit.*, p. 14.

⁴⁰ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Constitución y su Defensa", *cit.*, p. 47.

La defensa de la Constitución en sentido estricto se identifica con las garantías constitucionales. A este sector la doctrina se ha referido, indistintamente, como justicia constitucional,⁴¹ jurisdicción constitucional⁴² y control de la constitucionalidad.⁴³ A este sentido estricto de defensa de la Constitución es al que se refiere el maestro Herrera y Lasso.

La doctrina dominante distingue entre la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional. Así, por justicia constitucional entiende:

El conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma carta fundamental.⁴⁴

Por su parte, el concepto de jurisdicción constitucional se entiende reservado a los instrumentos de justicia constitucional que se encomiendan a tribunales especializados en resolver cuestiones constitucionales de manera específica.⁴⁵ Con este criterio no podría hablarse de jurisdicción constitucional en nuestro país, dada la jurisdicción dual de nuestro Poder Judicial Federal.⁴⁶

Sin desconocer que toda tipología tiene algo de arbitrario, para nosotros el término de justicia constitucional en sentido estricto supone que los instrumentos jurídico-procesales que tienen por objeto la efectividad de las normas fundamentales, en caso de incertidumbre, conflicto o violación, se encuentran otorgados a *tribunales de cualquier*

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco Años de Evolución...*, cit., GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1985, entre otros.

⁴² MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, segunda edición, Madrid, Editorial España, 1931, p. 32; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1967, p. 311.

⁴³ TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 491; MERCADO LUNA, Ricardo, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 179.

⁴⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución...*, cit., p. 15.

⁴⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Auto-defensa*, segunda edición, México, UNAM, 1970, p. 215; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *"La Constitución y su Defensa"*, cit., pp. 47-48; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco Años de Evolución...*, cit., p. 15.

⁴⁶ Respecto del sistema de los Estados Unidos de América, el profesor Alcalá-Zamora, siguiendo a Jerusalem, afirma que el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, *op. cit.*, p. 215.

tipo. Lo que caracteriza a la justicia constitucional es que el control se realiza por *jueces*.⁴⁷

Por lo que respecta a la jurisdicción constitucional, preferimos un criterio material más que formal.⁴⁸ Cualquiera que sea la naturaleza formal del órgano jurisdiccional que resuelve controversias constitucionales, al realizar esta actividad ejerce la jurisdicción constitucional. Así, justicia constitucional *stricto sensu* se identifica con la jurisdicción constitucional.

Las ideas expuestas no tienen una finalidad meramente académica, sino que refieren al funcionamiento moderno de la defensa constitucional.^{48 bis}

El fenómeno de la moderna justicia constitucional se encuentra inmerso en la *gran revolución de los derechos humanos*.⁴⁹ De manera importante, a partir de la segunda posguerra el fortalecimiento de los derechos humanos, la importancia de su protección y su internacionalización influyen decisivamente en la evolución del derecho constitucional. Es de tal importancia la relación entre derechos humanos y justicia constitucional que el distinguido jurista italiano Mauro Cappelletti ha llegado a sostener que a través de la justicia constitucional se resuelve la vieja disputa entre derecho natural y derecho positivo.⁵⁰ Mediante el moderno derecho constitucional se convierten en derecho positivo ciertos valores considerados fundamentales y se asegura su cumplimiento mediante instrumentos procesales. Así, se consolida la idea de valores superiores que se consagran en una norma superior y

⁴⁷ No toca ahora aludir a la discusión de si los jueces de algunos tribunales constitucionales pueden responder a esa naturaleza judicial. Baste señalar que para los efectos del presente estudio nos pronunciamos por la afirmativa.

⁴⁸ El profesor Néstor Pedro Sagües también otorga prioridad al criterio material para el caso de jurisdicción constitucional, *cfr. op. cit.*, tomo I, p. 11.

^{48 bis} En otras ocasiones hemos aludido a algunos aspectos importantes del dinamismo de la justicia constitucional. *Vid.* nuestros trabajos: "El juicio de amparo..." cit.; "Por un Poder Judicial más influyente en la voluntad del Estado", en *Ideas sobre la Suprema Corte*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Excelsior, 1990; "Breves notas sobre la naturaleza de la interpretación constitucional", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Manuel Herrera y Lasso*, México, Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 1990.

⁴⁹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, "Human Rights and the Proceduralist's Role", en *International Perspectives on Civil Justice*, Londres, Essays in honor of Sir Jack I. H. Jacob Q. C., 1990.

⁵⁰ Cfr. "Constitutional Justice and the Overcoming of the antitheses Equity-Law and Nature-Positive Law", en *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, the 40th anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University, 1988.

que se actualizan a través de la actividad de órganos independientes (*judiciales*).

La evolución referida ha traído como consecuencia la aparición de nuevas categorías normativas que no se ajustan con facilidad a los cánones tradicionales de la aplicación e interpretación del derecho.⁵¹ Esta situación ha tenido un impacto importante en el estudio y la enseñanza del derecho procesal.⁵²

Con independencia de discusiones teóricas, el funcionamiento de los tribunales constitucionales nos demuestra que para el desarrollo de los derechos fundamentales resultan insuficientes los métodos clásicos de exégesis de los textos constitucionales.⁵³

Es muy basta la problemática sobre *el cómo* los jueces constitucionales realizan una labor creativa y evolutiva del orden jurídico, y de la legitimidad democrática de ese proceder. En un trabajo con la finalidad de éste resulta imposible realizar un análisis, así sea meramente descriptivo, de cualquiera de estos aspectos.

Nos interesa, exclusivamente, enunciar un punto que ha tenido poca atención entre nosotros, con la esperanza de podernos ocupar de él en estudios posteriores.

Ninguna resolución judicial tiene la trascendencia jurídica de aquella que declara inconstitucional una ley. Es en esta decisión que la justicia constitucional se revela como el auténtico defensor de la Constitución.

Los efectos de este tipo de sentencias: particulares o *erga omnes*, y dentro de estas últimas: *ex nunc* o *ex-tunc*, provocan, sin duda, grandes discusiones teóricas y problemas prácticos en los distintos países que tienen instituciones de justicia constitucional.

No obstante, existe otro tipo de sentencias cuya complejidad no es menor y que revisten una gran importancia en el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Nos referimos a las llamadas sentencias interpretativas.⁵⁴

⁵¹ Por ejemplo, en tratándose de los derechos fundamentales pueden distinguirse diversas categorías que reclaman tratamientos especiales para su efectividad y aplicación. Para algunos criterios de clasificación, *Vid.* entre otros, Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 121-138.

⁵² *Vid.* CAPPELLETTI, Mauro, "Algunas reflexiones sobre el Rol de los Estudios Procesales en la Actualidad", en *Revista Jurídica Jus*, La Plata, núm. 39.

⁵³ *Cfr.* HÄBERLE, P., *op. cit.*, p. 271.

⁵⁴ Para algunas clasificaciones de las sentencias de los tribunales constitucionales *Vid.* entre otros, PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, traducción Javier Jiménez, tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

A pesar de que existen sentencias interpretativas estimatorias, nos referiremos exclusivamente a las sentencias interpretativas desestimatorias o de rechazo; si las relacionamos con nuestro juicio de amparo, hablaríamos de sentencias interpretativas que niegan el amparo. Este tipo de resoluciones existen

cuando el tribunal extrae de la *disposición* una *norma* (entre varias posibles) *conforme a la Constitución*, con el fin, esencialmente, de salvar, siempre que sea posible, el texto legislativo. Afirma por ello que el texto "no es inconstitucional sólo en cuanto" y "en la medida en que" se atribuya a la disposición el significado indicado por el tribunal mismo en la *motivación* (mientras que el *dispositivo* de las sentencias se reconduce a la misma sirviéndose de la expresión en los sentidos y en los límites de la *motivación*).⁵⁵

El Poder Legislativo es un órgano en el cual están representadas, normalmente, las fuerzas políticas más importantes de la sociedad. El ejercicio de la facultad legislativa permite desarrollar los grandes principios constitucionales y poner en marcha el pluralismo a través de distintas opciones constitucionalmente válidas. Declarar que una ley emanada del órgano legislativo inconstitucional es un acto de extrema gravedad.

En virtud de lo anterior, en la interpretación constitucional se ha impuesto el principio de interpretación *conforme a la Constitución*.⁵⁶ Esto significa, por una parte, que en toda controversia las leyes, reglamentos y normas de cualquier grado deben interpretarse de una manera congruente con la Constitución. Por otro lado, y en el aspecto que nos interesa, expresa que en caso de ser factible una interpretación de la ley merced a la cual ésta se ajuste a la Constitución debe prevalecer la *interpretación conforme* y no declarar inconstitucional la ley. Esta no será inconstitucional cuando sea posible una interpretación en consonancia con la norma fundamental. En este sentido, la ley es constitucional siempre y cuando se interprete de acuerdo con lo establecido por el tribunal de constitucionalidad.

1984, pp. 49-55; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, prólogo y notas de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 593 y ss.

⁵⁵ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *op. cit.*, p. 593.

⁵⁶ *Vid.* entre otros, PÉREZ LUNO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 279-283.

De tal suerte, esta interpretación deviene en obligatoria para los órganos aplicadores de la ley. La ley cuestionada *dice* lo que el órgano facultado para resolver sobre su constitucionalidad *dice que dice*.⁵⁷ En este sentido, es válido afirmar que la *interpretación conforme* puede modificar la aplicación de las leyes.⁵⁸

Como una especie de sentencias interpretativas se encuentran las llamadas *correctoras*. En éstas, el tribunal adopta una interpretación que ya no es una de las abstractamente posibles, sino una alternativa frente a la interpretación adoptada por el juez *a quo* —o la autoridad aplicadora— y situada como presupuesto mismo de la litis constitucional.⁵⁹

Como en todo tipo de sentencias, en las interpretativas, la motivación es de trascendental importancia, pues a través de ella se establece la interpretación de la ley para hacerla conforme a la Constitución.

Todo esto no pasó inadvertido para el ilustre Calamandrei, quien, en los albores de la Corte constitucional italiana y a la luz de la experiencia alemana, profetizó:

... las decisiones de la Corte constitucional no tendrán solamente el efecto aparentemente *negativo* expresado en su parte dispositiva, de anular las leyes contrarias a la Constitución, sino que tendrán juntamente un significado positivo de cooperación activa en la orientación legislativa, por las consideraciones que expondrá en su motivación; porque será precisamente ahí, en la motivación, donde mejor se expresarán, incluso en las sentencias de rechazo. . . los compromisos que la Constitución ha prefijado al legislador y los caminos por donde habrá él de apresurarse para no traicionarlos.⁶⁰

Desde luego que nuestro Poder Judicial de la Federación pronuncia sentencias interpretativas. Por un lado, a través del control de legali-

⁵⁷ Referido al juicio de amparo esto es relativamente claro en el caso de jurisprudencia. Sin embargo, no ha sido materia de estudio, hasta donde sabemos, si es posible, y en caso afirmativo bajo qué supuestos y alcances, que una sentencia que niega el amparo puede imponer a la autoridad responsable una *obligación*, en el caso, la de interpretar y aplicar una ley de acuerdo con un determinado sentido interpretativo, cuando en virtud de esa interpretación se declara constitucional la ley.

⁵⁸ No es necesario insistir en que la interpretación conforme a la Constitución debe realizarse dentro del marco que la disposición legal lo permita.

⁵⁹ PIZZORUSSO, Alessandro, *op. cit.*, tomo II, p. 54.

⁶⁰ CALAMANDREI, Piero, "Corte Constitucional y Autoridad Judicial", en su obra *Derecho Procesal Civil*, tomo III, Estudios sobre el proceso civil, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 180.

dad de todas las sentencias que se dictan en el país. Al revisar la conformidad de dichas resoluciones con las leyes que aplican e indirectamente con la Constitución, los jueces federales interpretan los textos legislativos estableciendo su contenido obligatorio. Esta interpretación, aun sin pronunciarse expresamente en este sentido, es acorde con la Constitución. No es, sin embargo, en este punto donde las sentencias interpretativas presentan problemas serios a la técnica constitucional.

Por otra parte, es innegable que para otorgar o negar el amparo que se promueve en contra de una ley, los jueces federales realizan previamente una interpretación de la ley y, de acuerdo a dicho criterio interpretativo deciden si la norma secundaria vulnera o no la norma fundamental. Es en la determinación del sentido jurídico de la ley donde se desarrollan las sentencias interpretativas.

Desgraciadamente, el predominio de los criterios clásicos de interpretación, sobre todo literal, han inhibido el desarrollo de nuestra justicia constitucional. Una labor interpretativa más moderna generaría un mayor dinamismo en la resolución de las controversias constitucionales y permitiría aprovechar fórmulas novedosas para la evolución del derecho constitucional mexicano.

En el aspecto que nos ocupa, nuestros jueces federales tendrían un margen de acción mayor al que normalmente ocupan, puesto que su disyuntiva no se reduciría a declarar o no inconstitucional una ley, sino que, la declaratoria de constitucionalidad de la ley podría estar sujeta a que ésta se interprete en un determinado sentido. Si bien, en ocasiones nuestro Poder Judicial federal ha realizado este tipo de actividad, no es una postura común, ni se han realizado estudios sobre el particular.

RÉGIMEN ACTUAL DE LA PROPIEDAD
INTELLECTUAL

LOS ILÍCITOS PENALES EN LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Martín MICHAUS ROMERO

SUMARIO: *Introducción; 1. Antecedentes Legislativos; 2. Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (LPI) (18); 3. Delitos Especiales; 4. Los Sujetos del Delito; 5. El Objeto del Delito; 6. Culpabilidad; 7. Penalidad; 8. Usurpación de los Derechos de Propiedad Industrial; 9. Delitos en Materia de Creaciones Industriales; 10. Clasificación de estos Delitos (1); 11. Delitos en Materia de Marcas; 12. Clasificación de estos Delitos; 13. Elementos Materiales de este tipo de Delitos; 14. Delitos en Materia de Denominaciones de Origen; 15. Clasificación de este Delito; 16. Los Delitos en Materia de Secretos Industriales; 17. Clasificación de este Delito; 18. Nombres y Avisos Comerciales; 19. Requisito Procesal y Obstáculo Procesal; 20. Consideraciones finales.*

INTRODUCCIÓN

Una adecuada protección de la Propiedad Industrial, comprende la regulación de las conductas ilícitas, que puedan configurarse dentro de los tipos delictivos, con el fin de proteger a los titulares de los derechos, quienes frecuentemente los ven trasgredidos, por lo que para que exista una eficaz persecución de los delincuentes, deben existir los presupuestos normativos, que lo hagan posible; pues si bien la tendencia de despenalizar algunas de estas conductas es deseable, se requiere previamente una conciencia que permita el desarrollo de una cultura de la propiedad industrial para el respeto y los derechos de los titulares, así como en protección del consumidor.

Si bien el autor, no cultiva la ciencia penal, en este estudio se hará un análisis, de la protección criminal de la propiedad industrial, con los riesgos que esto representa, con el fin de adentrarnos en el marco legal que nos permitirá ver si la regulación cumple con las exigencias de la sociedad o son deseables algunas reflexiones. La estructura de este trabajo está dividida en tres grandes rubros. El primero concerniente a los antecedentes legislativos; el segundo al estudio dogmático de los

delitos y el tercero al análisis de los requisitos y obstáculos procesales, para alcanzar las consideraciones finales. Por la estructura del trabajo y la complejidad de cada uno de los componentes de la propiedad industrial, no se hace un estudio individualizado de cada figura, sino que se engloban en tres grandes rubros, las creaciones industriales, los signos distintivos y los secretos industriales.

1. ANTECEDENTES

La regulación de los delitos en materia de propiedad industrial, no es resultado de una tendencia contemporánea, la legislación penal desde antes de la regulación positiva en materia de propiedad industrial, contenía ya disposiciones que prevén los delitos en esta materia. El Código Penal de 1871, o como se le conoce Código Martínez de Castro,¹ ya contenía preceptos que sancionaban el delito de falsificación de marcas industriales y comerciales y atentas las circunstancias de que estas disposiciones punitivas de la falsificación de marcas estuvieron vigentes hasta el año de 1903 por remisión que a ellas hicieron tanto el Código de Comercio en 1884,² como el de 1889 y la primera Ley de Marcas de ese mismo año. El Código de Comercio de 1884, en el libro dedicado a la "Propiedad Industrial" contiene principios importantes acerca del establecimiento comercial, privilegios de invención, nombres comerciales, muestras, títulos de obras y marcas. Se establece como requisito para que fabricantes y comerciantes adquieran la propiedad de sus marcas, la inscripción previa ante la Secretaría de Fomento y ésta concederá la propiedad, si la misma marca no se usa ya por otra persona o no es de tal manera semejante que se comprenda la intención de defraudar intereses ajenos de la que se deduce, señala

¹ RANGEL MEDINA, David, "Protección Penal de la Propiedad Industrial en México", en *Ensayos jurídicos en memoria de Francisco González de la Vega*, Supremo Tribunal de Justicia, tomo 3, p. 112, Durango, México, 1985.

Se recomienda el estudio de este ensayo, para un análisis detallado de los antecedentes legislativos en relación con las conductas ilícitas en materia de propiedad industrial.

El Código introduce penas específicas, para sancionar este tipo de delitos.

Se sanciona con arresto mayor y multa de segunda clase la falsificación de una marca, estampilla o contraseña de una casa de comercio o de un establecimiento privado, de banco o industrial. Similar pena se aplicaba al que utilizara marcas falsas o marcas originales en productos falsificados.

² Expedido mediante Decreto del 15 de diciembre de 1883.

Rangel Medina,³ el Sistema Constitutivo Atributivo a la propiedad de la marca, introducido por este código; del mismo precepto legal surge la facultad discrecional del estado para juzgar acerca de la imitación marcara.

En este Código se establece que hay usurpación de marcas, al utilizar una marca enteramente igual a otra, así como cuando entre las marcas resulte una gran analogía, sea porque las palabras más importantes de una marca se repiten en otra marca o porque la nueva marca se redacte de tal manera que pueda confundirse con otra nominativa o aun consistiendo en dibujos, que produzcan confusión. Además de las penas señaladas, en el Código Penal de 1871, la falsificación de marcas produce la acción de daños y perjuicios y con el rubro de "Términos para Reclamar la Propiedad Mercantil", fija el plazo de un año desde el día que se sepa de la usurpación para la acción civil y el de dos meses para la acción penal. Impone la obligación de hacer ostensible la marca sobre la mercancía. En el Código de Comercio de 1889,⁴ se conservó la obligación ya prevista en la Ley del 11 de diciembre de 1885⁵ de inscribir en el registro de comercio los títulos de marcas de fábrica, estableciéndose asimismo como sanción por la falta de registro de los documentos que no podrían producir perjuicio a terceros.

La legislación positiva en materia de propiedad industrial, se inicia a partir de la promulgación de la Ley de Marcas de Fábrica del 28 de noviembre de 1889.⁶ En ésta se introducen los conceptos de falsificación e imitación. El primero consiste en reproducir una marca ya protegida, mientras que la imitación consiste en la utilización de una marca que presente una identidad casi absoluta con el conjunto, aunque no en ciertos detalles y sea susceptible de confundirse con otra previamente depositada. El delito de falsificación de marca sólo se da en aquellos casos en que se aplique a objetos de la misma naturaleza.

Esta Ley es seguida por la Ley de Patentes de Privilegios del 7 de junio de 1890,⁷ que remite al Código Penal del Distrito Federal lo relacionado con el delito de falsificación de patentes.

³ *Op. cit.*, p. 113.

⁴ Entró en vigor desde el 1 de enero de 1890.

⁵ *Op. cit.*, p. 114.

⁶ Expedida el 28 de noviembre de 1889 y entró en vigor el 1 de enero de 1890.

⁷ MASCAREÑAS, C. E., *Los Delitos Contra la Propiedad Industrial*, segunda edición, Librería Bosch, 1960, p. 67.

La Ley de Marcas Industriales y de Comercio del 25 de agosto de 1903,⁸ constituyó el sustento para la reglamentación subsecuente de la legislación marcaría en el aspecto penal. El legislador introdujo reglas precisas sobre la penalidad por falsificación de marcas, venta de mercancía marcada ilegalmente por utilizar en las marcas indicaciones falsas u omitir las leyendas obligatorias, por indicar falsamente que una marca está registrada e introduce una reglamentación de las acciones por daños y perjuicios.

En materia de creaciones industriales, la Ley de Patentes de Invención del 25 de agosto de 1903⁹ establece como derecho del propietario de una patente, el perseguir a los que atacaren su derecho, ya por la fabricación industrial de la patente, ya por el empleo o uso industrial del procedimiento de un método patentado, o porque con un fin comercial conserven en su poder, pongan en venta, vendan o introduzcan en el territorio nacional uno o más efectos fabricados sin su consentimiento. No se requiere de intención dolosa para incurrir en responsabilidad penal en el caso de fabricación industrial, siendo indispensable esa intención en los demás casos. Se exige como requisito para perseguir estos delitos, la querrela del dueño de la patente, así como que los objetos amparados por la patente lleven el nombre y la fecha de la patente y se prevén reglas sobre la adjudicación de los objetos ilegalmente fabricados e instrumentos dedicados a ellos.

La Ley de Marcas y Avisos Comerciales de 1928,¹⁰ establece que para la persecución de los delitos de falsificación, imitación o uso ilegal de una marca, se exige como requisito previo al ejercicio de las acciones, una declaración administrativa del Departamento de la Propiedad Industrial. A su vez, la Ley de Patentes de Invención del 26 de junio de 1928¹¹ de ese mismo año, utiliza por primera vez el término "inva-

⁸ Publicada en el *Diario Oficial* del 2 de septiembre de 1903. Entró en vigor el 1 de octubre del mismo año.

⁹ Publicada en el *Diario Oficial* del 1 de septiembre de 1903.

¹⁰ Publicada en el *Diario Oficial* del 27 de julio de 1928. Esta Ley se reformó por decreto del 2 de enero de 1935, publicado en el *Diario Oficial* del 23 de enero de 1935.

¹¹ Publicada en el *Diario Oficial* del 27 de julio de 1928. Al capítulo relacionado con los delitos de patente, se le titulaba "Invasión de los derechos que confiere", en *Ensayos jurídicos en memoria de Francisco González de la Vega, op. cit.*, pp. 122 a 125, hace una enumeración detallada de los tipos delictivos previstos por esta Ley, tanto en materia de patentes como de marcas. Respecto de las últimas, se recomienda el artículo de RANGEL ORTIZ, Horacio, "La Piratería de Marcas y su Represión", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, ARS*

sión de los derechos que confiere una patente" para señalar los diversos hechos delictivos relacionados con la usurpación de inventos patentados al titular. El capítulo 10 se intitula precisamente "De la Invasión de los Derechos que Confiere una Patente Motivada por Uso, Explotación e Importaciones Ilegales".

La Ley de la Propiedad Industrial de 1942¹² constituye el primer código en esta materia, por tanto que en el mismo texto legislativo se agruparon todas las disposiciones relativas a las creaciones industriales nuevas, como de los signos distintivos y a la represión de la competencia desleal. En este cuerpo legislativo, se tipificaron como delito una serie de conductas que representaron un amplio catálogo de actividades que se elevaron a la categoría de delitos,¹³ para fortalecer la regulación y protección de estos derechos. En materia de patentes esta Ley conservó como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal la declaración previa de la autoridad administrativa y la obligación que los objetos patentados ostenten, el así estarlo y el número de la patente. La Ley mantiene reglas similares respecto de la Ley de 1928 respecto al aseguramiento de objetos fabricados ilegalmente, la pérdida de los objetos por los infractores y pago de daños y perjuicios. En relación con los delitos en materia de marcas, se consideran usurpación; el uso ilegal, la imitación, la falsificación y la comercialización de productos indebidamente marcados. Este catálogo de conductas de tipos delictivos se redujo considerablemente al promoverse la Ley de Invenciones y Marcas de 1976.¹⁴

En la Ley de Invenciones y Marcas se redujeron de manera considerable los tipos delictivos contenidos en la Ley de la Propiedad Industrial de 1942, puesto que sólo consta de cinco preceptos, los que de manera enunciativa y no limitativa podía adecuarse a cualquier conducta infractora de los bienes jurídicamente protegidos en los mismos. El legislador se inspiró en las nuevas tendencias de la penología moderna de despenalizar el mayor número de conductas de la pena privativa de libertad y sustituirla por sanciones pecuniarias. La Ley de Invenciones y Marcas, capítulo primero, estableció una serie de dispo-

JURIS, Núm. 1990, en la que agrega al listado de marcas dos conductas más derivadas de aquellas contempladas en la Ley de Invenciones y Marcas.

¹² Publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1942.

¹³ RANGEL MEDINA, David, *op. cit.*, p. 122. Por decreto de 2 de enero de 1935 reformó y adicionó en materia penal la Ley de 1928.

¹⁴ Esta Ley se promulgó el 30 de diciembre de 1975 y se publicó en *Diario Oficial* del 10 de febrero de 1976. Entró en vigor a partir del 11 de febrero de 1976.

siones con sanciones administrativas en sustitución de las de carácter penal. En consecuencia, dejó de ser delito la competencia desleal, la violación a las denominaciones de origen, la utilización de escudos, símbolos, sellos oficiales, moneda de curso legal, la imitación de marcas, de hacer aparecer productos patentados que no lo estuvieran, etcétera. Lo que indudablemente, se decía, redundará en beneficio de la justicia que podrá ser pronta y expedita, pues sólo aquellos casos de mayor peligrosidad, desde el punto de vista criminológico, llegarían a las penitenciarias.¹⁵

En el artículo 211, compuesto de siete fracciones, se resumieron los tipos penales contenidos en veinte artículos de la Ley de 1942, sin faltar ninguno de sus elementos indispensables y sí suprimiendo con toda técnica jurídica las repeticiones, las confusiones, las disposiciones de carácter civil, las disposiciones de carácter procesal, etcétera, pues se señala que no era conveniente hacer una lista limitativa, puesto que la mente del delincuente es muy activa y al poco tiempo muchas conductas quedarían fuera de la Ley. Carolina Vela¹⁶ señalaba el que esta Ley tuviera un capítulo destinado a sanciones administrativas por ser aplicables por la propia Secretaría de Industria y Comercio, evita trabajo inútil al costoso aparato judicial y tiene más efectividad, pues entre su comprobación y su ejecución media poco tiempo. Además, la economía del país resiente menos daño, pues las penas privativas de libertad son costosas para las autoridades penitenciarias, causan desprestigio al industrial o comerciante, lo que viola su facultad de producción al negársele créditos, se le aleja de su centro de trabajo, lo que produce descuidos y abusos en su empresa, sin embargo se incrementó la pena para los delitos y aquel que acusare peligrosidad manifiesta o llegare a encontrarse prueba de su conducta indebida, las autoridades, psicólogos o médicos, podrá aplicar el tratamiento adecuado para su adaptación a la vida en sociedad, con lo que se cumplirá la finalidad de la pena, que es la prevención del delito por medio de evitar la reincidencia. La pena más alta es ejemplificativa y amedrentadora, por lo que muchos posibles infractores de la Ley se abs-

¹⁵ VELA, Carolina, "Las Disposiciones Penales sobre Propiedad Industrial en el Derecho Mexicano", en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial*, enero-diciembre, 1976, año XIV, núms. 27-28, pp. 192 y 193.

Se sigue este estudio en los comentarios relativos a la protección penal de la propiedad industrial en la Ley de Invenciones y Marcas.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 194, 195.

tendrán de actuar, lo que hará más efectiva la protección de los bienes jurídicos tutelados por la Ley.

Se impuso como pena de prisión de dos a seis años y multa de mil a cien mil pesos, o una sola de estas penas a juicio del juez, a quien cometa cualquiera de los delitos previstos en la misma (artículo 212). También el medio aritmético de la pena aplicable de estos delitos es menor a los cinco años a que hace referencia el artículo 20 de la Constitución. La multa se señala al momento de expedirse la Ley y pudo haberse considerado alta, por lo que se pensaba se amedrentaría a los presuntos o posibles infractores, tanto primarios como reincidentes, quienes se pensaba por ser industriales o comerciantes tendrían pleno conocimiento del valor del dinero.

Se establece como requisito para ejercitar la acción penal, la plena declaración de la Secretaría de Industria y Comercio en relación con la existencia de hechos constitutivos del delito de que se trate. Estas declaraciones se forman desde el punto de vista técnico y no prejuzgarán sobre las acciones civiles o penales que procedan y se harán del conocimiento de la Procuraduría General de la República (artículo 213). Se mantiene como otro requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal, la utilización de las leyendas obligatorias en materia de patentes, el que aparezcan en los productos la indicación de ser por estar amparados o protegidos por una patente, indicando el número correspondiente, en materia de marcas, el que se señale la leyenda Marca Registrada, Reg. o MR.¹⁷

El legislador mantuvo algunos principios contenidos en la Ley de 1942, en cuanto a la persecución de los delitos, como la declaración previa por parte de la autoridad administrativa y la utilización de leyendas obligatorias como condición para ejercitar la acción penal. El procedimiento administrativo no presentó modificaciones de consecuencia, pero la tipificación de las conductas delictivas se estructuró bajo una filosofía criminal, distinta, opuesta a la que rigió a las legislaciones anteriores.

En el recorrido legislativo a lo anterior de la Ley de Propiedad Industrial, no existen antecedentes sobre la regulación de los secretos industriales, pero éstos han sido objeto de protección desde la redacción del proyecto del Código Penal de Veracruz de 1835¹⁸ y vuelve

¹⁷ Indicar reformas a LIM, así como los reglamentos.

¹⁸ RANGEL ORTIZ, "La Violación del Secreto Industrial", publicada en *El Foro*,

a ser objeto de regulación en el Código de 1871 para el Distrito y territorio de la Baja California, en el Código Penal de 1929 y en el Código Penal de 1931.

En materia laboral, los secretos industriales fueron objeto de regulación en la Ley Federal del Trabajo de 1970 y actualmente esta Ley prevé como causa de rescisión del contrato de trabajo, la revelación de los mismos.

2. LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (LPI)¹⁹

La expedición de esta Ley obedece entre otras razones, a la política actual del gobierno federal, en especial a lo anunciado en el Programa Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior de 1990 a 1994²⁰ en el que en el capítulo relativo a "La Estrategia, la Modernización de la Industria y del Comercio Exterior", se señala que las infracciones y los delitos en materia de propiedad industrial, en el comercio y la producción, comúnmente designados como piratería, se perseguirán con energía y así se brindará la debida protección de estos derechos.

En el rubro de las conductas ilícitas, el legislador al expedir la Ley se alejó de la tendencia aplicada en la elaboración de la Ley de Invencciones y Marcas, es decir, aquella por virtud de la cual y en base a la penología moderna, se despenalizaron en aquella varias conductas, y tal y como se indicó, se sintetizaron en siete fracciones que contenía el artículo 211, todos los, veinte aproximadamente, tipos delictivos contenidos en la Ley de Propiedad Industrial de 1942. Desde un punto de vista formal, este cambio se ve claramente, puesto que en la Ley de Invencciones y Marcas el título décimo "Infracciones, Inspecciones, Sanciones y Recursos", estaba compuesto por cuatro capítulos: 1. Infracciones; 2. Inspección y vigilancia; 3. Sanciones; 4. Recurso administrativo. En el primer capítulo bajo el rubro de Infracciones

Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, octava época, tomo IV, núm. 2, p. 274.

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial* del 27 de junio de 1991. Entró en vigor al día siguiente de su publicación. Sobre el título de la Ley, hubiere sido suficiente el denominarla "Ley de Propiedad Industrial", puesto que bajo este rubro queda enmarcado su objeto definido en el artículo segundo.

²⁰ Programa de Modernización, publicado en el *Diario Oficial* del 24 de enero de 1990.

se comprendían el artículo 210 que define a las infracciones administrativas y el artículo 211 a los delitos, sin embargo, éstos comprendidos bajo el rubro general de "Infracciones".

Por su parte la LPI, contiene en el título séptimo intitulado "De las Inspecciones, de las Infracciones y Sanciones Administrativas y de los Delitos", un apartado específico para los delitos. A diferencia de la Ley anterior sustrae del capítulo de las infracciones a los delitos y le confiere un capítulo específico para su regulación. Es así que el capítulo primero habla de las Inspecciones, el capítulo segundo de las Infracciones y Sanciones Administrativas y el tercero de los Delitos. La estructura de la Ley, en el tema de nuestro estudio, refleja la filosofía criminalística que adoptó el legislador, tal vez por regresar al pasado o para fortalecer la protección penal de la Propiedad Industrial, aunque para ello se vio obligado a ampliar los tipos delictivos, cuyo tratamiento es totalmente distinto al de las infracciones administrativas, a pesar de que a ambas figuras se les pudieran encuadrar bajo el rubro de ilícitos. Es por ello que algunos autores sostienen que ha surgido un derecho penal disperso en la legislación administrativa y en las ramas jurídicas que han adquirido o están en proceso de independencia en relación al tronco común originario, representado por el Derecho Administrativo, lo que algunos como Jiménez de Asúa, Goldschmidt y Serra Rojas denominan Derecho Penal Administrativo, no sin acerbas críticas.

Como reflejo de ese cambio de criterio en el legislador sobre las tendencias de la penología moderna, de un análisis comparativo formal del capítulo ahora tercero "De los Delitos" de la Ley actual, respecto al artículo 211 de la Ley de Invencciones y Marcas, encontramos que en la Ley de Propiedad Industrial se incluyeron ocho tipos delictivos más, por lo que son ahora mayor el número de conductas que se tipifican como delito que aquellas consideradas como infracciones administrativas.

De acuerdo con el artículo 213, las infracciones administrativas son las siguientes:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

I. Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta Ley regula;

II. Hacer aparecer como productos patentados aquellos que no lo estén. Si la patente ha caducado o fue declarada nula, se in-

currirá en la infracción después de un año de la fecha de caducidad, o en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la declaración de nulidad;

III. Poner a la venta o en circulación productos u ofrecer servicios, indicando que están protegidos por una marca registrada sin que lo estén. Si el registro de marca ha caducado o ha sido declarado nulo o cancelado, se incurrirá en infracción después de un año de la fecha de caducidad o en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la declaración correspondiente;

IV. Usar una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada;

V. Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada como elemento de un nombre comercial o de una denominación o razón social, o viceversa, siempre que dichos nombres estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca;

VI. Usar, dentro de la zona geográfica de la clientela efectiva o en cualquier parte de la República, en el caso previsto por el artículo 105 de esta Ley, un nombre comercial idéntico o semejante en grado de confusión, con otro que ya esté siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicios del mismo o similar giro;

VII. Usar como marcas las denominaciones, signos o siglas a que se refiere el artículo 4º y las fracciones VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV y XV del artículo 90 de esta Ley;

VIII. Usar una marca previamente registrada como denominación o razón social o como partes de éstas, de una persona moral cuya actividad sea la producción, importación o comercialización de bienes o servicios iguales o similares a los que se aplica la marca registrada, sin el consentimiento, manifestado por escrito, del titular del registro de marca o de la persona a quien éste haya concedido licencia;

IX. Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente;

a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;

b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;

c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero;

X. Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios o el establecimiento de otro. No estará comprendida en esta disposición, la comparación de productos o servicios que ampare la marca con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada en los términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, y

XI. Las demás violaciones a las disposiciones de esta Ley que no constituyan delitos.

Las infracciones administrativas se sancionan conforme a la Ley con:

I. Multa hasta por el importe de diez mil días del salario mínimo general, vigente en el Distrito Federal.

II. Multa adicional hasta por el importe de quinientos días del salario mínimo general, vigente en el Distrito Federal, por cada que persista la infracción.

III. Clausura temporal hasta por noventa días.

IV. Clausura definitiva.

V. Arresto administrativo hasta por treinta y seis horas.

La reincidencia se sanciona con la duplicación de las multas impuestas anteriormente, sin que su monto exceda al triple del máximo fijado en el artículo 214. En la Ley se entiende por reincidencia a cada una de las subsecuentes infracciones a un mismo precepto, cometida dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se cometió la conducta indebida, calificada como infracción. En otras palabras, si el infractor incurre en la misma conducta a los tres o cuatro años posteriores a la declaratoria de la infracción, no se le considerará como reincidente y por lo tanto se le aplicarán de nueva cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 213.

3. DELITOS ESPECIALES

El amplio catálogo de los tipos delictivos, contemplado en 15 fracciones, no hace posible el análisis pormenorizado de cada uno de ellos más aún porque de la lectura de cada una de las fracciones se pueden encontrar más de un tipo, por lo que dividiremos los tipos delictivos en tres grandes rubros que integran los componentes de la Propiedad Industrial. Primero de las creaciones industriales nuevas, entre las que se comprenden las patentes, que consiste en el documento expedido

por el Estado, por virtud del cual consta el derecho exclusivo temporal para explotar un invento nuevo resultado de una actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial, el registro de los modelos de utilidad, que son objetos, utensilios, aparatos o herramientas, que como resultado de una modificación en su disposición, configuración, estructura o forma presenta una función diferente en cuanto a las partes que lo integran o ventajas en su utilidad; así como los diseños industriales compuestos por los dibujos industriales y modelos industriales. Los primeros son toda combinación y figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le dan un aspecto peculiar y propio, mientras que los segundos están considerados por toda forma tridimensional que sirve de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que dé una apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos. El certificado de invención surgido en el derecho soviético, forma parte de la propiedad industrial, pero no está regulado en la Ley en vigor y se excluyó de los delitos, quedando así sin protección alguna. La ley actual no le confiere al titular la posibilidad de ejercitar el derecho de impedir la fabricación o elaboración de un producto o el empleo de métodos o procedimientos sin su autorización, lo que en la legislación anterior se configuraba como delito, en la actual no es objeto de protección.

Por otra parte, en una segunda categoría estarán los signos distintivos que están compuestos por las marcas, que se pueden clasificar como de productos y de servicios y su registro confiere a su titular el derecho al uso exclusivo; los nombres comerciales, que distinguen al giro de un establecimiento y su protección se obtiene sin necesidad de depósito o registro y puede publicarse en la *Gaceta* de la Propiedad Industrial; los avisos comerciales que consisten en frases u oraciones para anunciar mercancías, servicios y establecimientos; las denominaciones de origen que consisten en el nombre de un lugar geográfico del país que sirve para designar una mercancía originaria de la misma y cuya calidad o característica se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendiendo en éste los factores naturales y los humanos. En un tercer grupo se hará mención de los secretos industriales, los cuales son una especie de un género más amplio que Gómez Segade denomina secretos empresariales, en el que están comprendidos tanto los secretos industriales como los secretos comerciales. Los primeros están dirigidos al sector técnico, industrial, encaminados a la producción de bienes o servicios y como ejemplos podemos citar los proce-

dimientos de fabricación o de reparación, mientras que los secretos comerciales se relacionan con los sectores comerciales de la empresa. Como ejemplo pueden citarse la lista de proveedores, precios, clientes, etcétera. El valor del secreto dependerá obviamente del tipo o función de la empresa, y las actividades a que ésta se dedique.

El secreto industrial se puede estructurar sobre dos elementos. El primero que consiste en el carácter oculto del secreto. Es importante determinar en qué puede consistir un secreto y como señala Melchor Unarvaes, puede haber secretos objetivos o solamente subjetivos. Debe precisarse el objeto de un secreto industrial si está configurado solamente por la información reservada, es decir, a la que no se tiene acceso, o si el secreto industrial está compuesto por información contemplada en el dominio público y si esto le desvirtúa este carácter, o por el hecho de contener la información no patentada está en el dominio público.

El segundo elemento dentro de esta estructura del secreto es la actitud mental hacia la información. Es decir, sobre las características, la existencia y posible uso de la información que está guardada en secreto. Es así que para Melchor Unarvaes al hablar de los secretos en general, señala que no pueden existir secretos objetivos, es decir, que por su propia naturaleza impongan reserva, sino que es la voluntad de una persona o su interés los que exigen que determinado hecho no sea comunicado, aunque esta voluntad esté muchas veces condicionada por el medio social u otras causas objetivas que imponen la necesidad de la reserva. Estos elementos están contemplados en el artículo 82 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, del cual se desprende que si bien en el capítulo correspondiente habla de secretos industriales y en la definición se señala a éstos, la parte final del precepto permite suponer que también están comprendidos los secretos comerciales, particularmente al hablar sobre los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios, aunque tal vez la intención del legislador fue referirlo o limitarlo a los secretos industriales.

Jiménez Huerta²¹ clasifica a los delitos de la propiedad industrial como de orden patrimonial. En este tipo de delitos, el patrimonio de las personas es el bien jurídico tutelado penalmente en el Código Penal.

²¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, tomo IV, "La Tutela Penal del Patrimonio", sexta edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 341 y ss.

El concepto de patrimonio tiene su origen en el derecho civil y se entiende como la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria pertenecientes a una persona.²² El concepto, se integra con elementos activos y pasivos y se denomina Patrimonio Neto a lo que resta del activo cuando se ha deducido el pasivo. Sin embargo, el concepto penal de patrimonio es más amplio que el conferido por el derecho privado. En el ámbito civil, en la noción de patrimonio sólo están comprendidas las cosas o derechos susceptibles de ser valorados en dinero; la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas cosas que no tienen valor económico y que conjuntamente con las cosas y los derechos, se transforman en bienes patrimoniales. En consecuencia, de manera simultánea se especifica particularmente el bien tutelado —el patrimonio— con el interés del titular de dicho bien jurídico, esto es, se individualiza el sujeto en cuyo interés el bien jurídico es penalmente tutelado.

En consecuencia, de la fusión de objetivos que componen los bienes patrimoniales con el interés de conservación que tiene su titular, lo que se protege en el ámbito penal son las pertenencias de las personas, incluso aquellas que contienen un valor estimable en dinero. Por eso, escribe Peco, que en los delitos patrimoniales no sólo se ataca el derecho de propiedad en la aceptación del Derecho Civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y a una mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios de los bienes inmateriales de valor económico. Todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son efectos de tutela. Es así que la formación del patrimonio no está ya sólo formado por objetos materiales, sino por otros de índole inmaterial, como los derechos de crédito y los derechos intelectuales e industriales, han aparecido nuevas formas fraudulentas de enriquecimiento en perjuicio de la ajena actividad del patrimonial, lo que ha provocado el surgimiento de nuevos tipos penales, como la usurpación de bienes inmateriales. Es por ello, que a este tipo de delitos se le ha conferido el carácter de ser delitos patrimoniales.

4. LOS SUJETOS DEL DELITO

El sujeto pasivo o titular de un bien patrimonial tutelado penalmente puede ser tanto la persona física o moral, titular del bien jurí-

²² *Op. cit.*, p. 9. La definición fue tomada por el autor de la obra de Ruggiero, Istituzioni di Diritto Civile.

dico protegido como propiedad industrial.²³ Es decir, el titular de la patente, del dibujo o diseño industrial, del modelo de utilidad, así como de la marca, ya sea de productos o de servicios, así como la persona que tenga autorización para utilizar la denominación de origen.

También puede ser sujeto pasivo el licenciatario autorizado tanto para explotar una patente como para utilizar una marca, siempre y cuando se le confiera la facultad de ejercitar las acciones legales de protección a los derechos, ya sea de la patente o de la marca como si fuera el propio titular²⁴ y el contrato esté debidamente registrado ante la Dirección General de Desarrollo Tecnológico, con el fin de que surta efectos contra terceros.²⁵ A este respecto, el licenciatario podrá tomar las acciones legales tendientes a proteger los derechos respecto de los otros componentes de la propiedad industrial, tales como los dibujos y modelos industriales, modelos de utilidad, puesto que la misma Ley sujeta a las disposiciones de estas figuras a lo establecido en materia de marcas o de patentes.

El sujeto activo, lo es cualquier tercero que sin autorización del titular del bien jurídico protegido, explote el invento en cuanto a la patente, o use la marca que se encuentre debidamente protegida.

5. EL OBJETO DEL DELITO

Los bienes patrimoniales tutelados penalmente pueden consistir en cosas —bienes patrimoniales reales— o en derechos a determinadas acciones u omisiones humanas —bienes patrimoniales personales—. Estos bienes patrimoniales están protegidos desde el punto de vista penal en su calidad de derechos subjetivos, esto es, en cuanto la conducta antijurídica que los lesiona se efectúa sin la voluntad de su titular. Es así que el objeto material de este tipo de delitos es el bien inmaterial. En otras palabras, es el objeto al procedimiento reivindi-

²³ *Op. cit.*, p. 13.

²⁴ Así lo prevén los artículos 63 en materia de patentes y el artículo 136 en materia de marcas.

²⁵ Los artículos 68 y 140 de la LPI señalan lo siguiente:

Artículo 68. La persona que tenga concedida una licencia inscrita en la Secretaría, salvo estipulación en contrario, tendrá la facultad de ejercitar las acciones legales de protección a los derechos de patente como si fuera el propio titular.

Artículo 140. El usuario al que se le haya concedido una licencia que se encuentre inscrita en la Secretaría, salvo estipulación en contrario, tendrá la facultad de ejercitar las acciones legales tendientes a impedir la falsificación, imitación o uso ilegal de la marca, como si fuera su propio titular.

cado en la patente o al objeto reivindicado en un modelo de utilidad; en las creaciones de forma; en la forma reivindicada en el modelo o en el dibujo industrial. En los signos distintivos es el signo registrado como marca y la denominación que constituya la autorización por usarla como denominación de origen.²⁶

El objeto jurídico en ambos casos es un objeto jurídico protegido por el derecho penal, en lo que se refiere a las invenciones, es la exclusividad de su explotación y en materia de marcas la exclusividad del uso y para ello es necesario que se cumplan todos los requisitos que permiten legítimamente llevar a cabo esa explotación o uso de manera exclusiva, aún mediante terceros, quienes gozan del consentimiento de su titular. El primero de ellos, es que ya sea el invento y su procedimiento de obtención o el signo distintivo de que se trate, gocen de la protección registral y para ello se deben de cubrir una serie de requisitos tanto para que la invención sea patentable o para que el signo distintivo sea registrable, reglas en las cuales no nos vamos a detener para no desviarnos de nuestro estudio.

El segundo de ellos consiste en que el título conferido por la autoridad, por virtud del cual se confiere la exclusividad, sea válido, es decir, que el registro se encuentre vigente y su validez no sea cuestionada por la nulidad con base en las causales previstas en el artículo 78 o que haya concluido la vigencia de este derecho por las causas señaladas en el artículo 79 en la misma Ley.

En la misma forma, en lo que se refiere a los signos distintivos, el título que confiere el derecho al uso debe ser válido, es decir, no ser impugnado por los supuestos normativos contenidos en el artículo 151 de la misma Ley o que el registro se pueda considerar caduco por incurrir en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 152 del mismo ordenamiento legal o que haya sido cancelado, según lo previsto en el artículo 153 de la misma Ley.

Las acciones de este tipo de delitos, de acuerdo con Mascareñas,²⁷ son esencialmente delitos de actividad, no admiten la comisión por omisión, puesto que al tratarse de la violación de un derecho de exclusividad, esto sólo puede llevarse a través de un acto agresivo o una conducta activa que lesionen el orden jurídico activo y no con la simple intención de llevarlo a cabo.

²⁶ MASCAREÑAS, op. cit., p. 40. Librería Bosch, 1960.

²⁷ Op. cit., p. 57.

El objeto jurídico, consiste en la información de aplicación industrial que guarda una persona física o moral con carácter confidencial que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma. Esta información debe estar referida a la naturaleza, característica o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios, según reza el artículo 82 de la LPI, siempre y cuando consten en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares.

6. CULPABILIDAD

Para que una conducta sea considerada como delictuosa, es insuficiente el que solamente sea típica y antijurídica, además se requiere que sea culpable. La conducta será culpable al existir una relación psíquica entre ésta y su autor, a quien debe serle reprimida. Jiménez de Asúa²⁸ define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Porte Petit señala a ésta como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.²⁹ Sin embargo, esta última definición está orientada fundamentalmente a los delitos dolosos y no a los culposos en los que por sus características no se busca o no se requiere el resultado.

La culpabilidad está integrada en dos elementos, dolo y culpa, sin embargo, en el Código Penal actual, se incluye la preterintencionalidad como una tercera especie. La determinación de cada una de ellas, dependerá de si el agente elige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, o causa un resultado igual por negligencia o imprudencia. En el dolo el agente actúa consciente del significado de su conducta, mientras que en la culpa consciente o con previsión, se realiza un acto con la esperanza o el deseo de que no ocurrirá el resultado, sin embargo, en ambas formas se trasgrede la normatividad. El dolo es un actuar, consciente y voluntario con el

²⁸ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, trigésima edición, Editorial Porrúa, pp. 233 y 234.

²⁹ PORTE PETIT, citado por Castellanos, Fernando, op. cit., p. 233.

fin de alcanzar un resultado típico y antijurídico, así Luis Jiménez de Asúa³⁰ lo define como la producción del resultado antijurídico, con consciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio de un mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

En el Código Penal, el artículo octavo, divide los delitos en intencionales, no intencionales, o de imprudencia y preterintencionales y en el artículo noveno nos define cada una de estas tres especies.

La culpa, consiste en un obrar sin intención y sin el cuidado debido, causando con ello un resultado dañoso y predecible, penado por la Ley, según Cuello Calón. Es así que entre sus elementos, está la conducta humana, requisito esencial para la existencia del delito, así como que esa conducta voluntaria se realice sin la cautela exigida por el estado y como suceda el evento los resultados del acto han de ser predecibles y evitables y tipificarse penalmente. Con cuatro elementos se precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.³¹ El Código Penal mexicano define a la culpa, al señalar que obra imprudencialmente el que realice el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado y el que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

La preterintención como una tercera forma de la culpabilidad, se define en el tercer párrafo del artículo noveno del Código Penal al señalar que obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia, reconociéndose así que la preterintención no es sólo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su acepción típica, y se le da una sanción especial en la fracción VI del artículo 60.

Los delitos de propiedad industrial en lo que a la culpabilidad concierne, se representa a través del dolo, que consiste en la voluntad de apropiarse el bien jurídicamente protegido, es decir la invención como objeto de la patente o del signo distintivo debidamente registrado sin el consentimiento del titular o en otras también está representado el dolo cuando se pretende suprimir el signo distintivo del producto cuando se trata de actos de aportación indirecta.

³⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, citado por Castellanos, Fernando, *op. cit.*, p. 239.

³¹ CASTELLANOS, *op. cit.*, p. 247.

En consecuencia, para que concurra este elemento de la culpabilidad, es necesario que exista la voluntad de apropiarse una invención o un signo distintivo y que la gente que así lo pretende, tenga conocimiento de que estas figuras se encuentran protegidas mediante su registro.

Sobre este respecto, Mascareñas³² manifiesta que el problema queda fácilmente resuelto debido a la protección registral y a la publicidad registral, lo cual no resulta tan claro, al menos en el Derecho de Propiedad Industrial mexicano, puesto que si bien los actos consistentes en el registro de signos distintivos o del ordenamiento de patentes conforme a la LPI, se registran en la Gaceta de Propiedad Industrial, con el fin precisamente de dar publicidad a los mismos, así como por el hecho de que precisamente la Dirección General de Desarrollo Tecnológico es un registro público, debe ser elemento suficiente para que se configure el dolo y el presunto responsable no arguya como una excluyente de responsabilidad, el desconocimiento de que su conducta era ilícita por encontrarse el objeto material debidamente protegido.

Díaz Velasco³³ señala que el ánimo doloso está presunto con presunción *juris et de jure*, desde el momento en que sea publicado oficialmente el registro de la marca. Se ha cuestionado el hecho de la difusión que tiene el órgano oficial la autoridad administrativa, es decir, la Gaceta de Propiedad Industrial y si es un elemento suficiente para alegar la publicidad al acto que constituya la necesidad de acreditar el dolo, o por virtud de lo restringido de su circulación y como circunstancia de hecho, la poca consulta que se hace de la misma, lo que puede ser un elemento que releve al sujeto a demostrar el dolo.

Los signos distintivos, gozan de la protección registral y por consiguiente de la publicidad que el sistema les confiere, pero existe un elemento que constituye una fuente de derechos en materia de marcas y es el uso de la misma para distinguir el producto o la prestación del servicio.³⁴ Este uso, es una manifestación de publicidad que difícilmente puede ser ignorada por el agente. Menos aún en los casos de

³² MASCAREÑAS, *op. cit.*, p. 66.

³³ DÍAZ VELASCO, citado por Mascareñas, *op. cit.*, p. 67.

³⁴ MASCAREÑAS, *op. cit.*, p. 66. El autor cita la sentencia de la Cámara Federal de Buenos Aires, 29 de agosto de 1941 en la que se sostuvo que "no puede admitirse a un comerciante especializado en el ramo de perfumería, el desconocimiento de la etiqueta rojo y blanco de «Atkinson» de la que la etiqueta inculpada es una burda y maliciosa imitación, como salta a la vista para cualquier profano y aquél no ha podido dejar de advertirlo".

las marcas notoriamente conocidas, que precisamente por el uso y la publicidad les han otorgado, les ha conferido esa característica reconocida por la Ley y que la autoridad así debe considerarlas, por lo que no se podrá alegar el desconocimiento de la existencia de la marca ni de su registro, como excluyente de responsabilidad. En consecuencia, el sujeto pasivo del delito no debe tener obligación de probar o demostrar la existencia del dolo, sino solamente tendrá que probar el elemento objetivo, pues se trata simplemente de la violación de disposiciones de la Ley que se configuran como delito. A este respecto, existen criterios opuestos entre la Primera Sala y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.³⁵ El primero sostiene que la violación de una Ley Penal es suficiente para establecer la presunción que el acusado obró con dolo; el Segundo Tribunal establece como requisito para que el delito se materialice, que el agente actúe impulsado por el dolo específico de competir deslealmente contra el titular del derecho, por lo que debe acreditarse que el sujeto activo realizó los hechos a sabiendas de ello.

En cuanto a los secretos industriales, consiste también en la voluntad de usar, aprovechar o revelar el secreto industrial. Esto es, que no sólo es suficiente la ausencia de consentimiento del legítimo poseedor, sino que debe estar vinculado al propósito de obtener un beneficio económico para el agente o receptor, con el fin de causar un perjuicio al poseedor del secreto, lo que es sumamente difícil de probar, lo cual es del conocimiento del infractor, por lo que esto puede hacer inoperante las disposiciones, tendientes a la protección del secreto industrial, puesto que bastaría con la violación al orden jurídico para establecer la presunción del dolo, como elemento suficiente para la configuración del título.

7. PENALIDAD

Los delitos contenidos en el artículo 223 se sancionan de acuerdo con el artículo 224 de la LPI, con prisión de dos a seis años de prisión y multa por el importe de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. La reincidencia se sanciona de seis

³⁵ El criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, está visible en el Informe de 1984, tercera parte, tesis 20, p. 66, mientras que el criterio de la primera sala se encuentra visible en el apéndice 1917-1975. Primera Sala, 121, p. 259.

meses a cuatro años de prisión y multa por el importe de cincuenta a cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

A diferencia de las leyes anteriores, en ésta las penas señaladas dejaron de ser alternativas, por lo que ya no estará sujeto al criterio del juez, para imponer la sentencia de pena privativa de libertad o multa. Cabe mencionar que se han abocado al estudio de la finalidad de la pena, que con anterioridad se tomaban como un castigo con retribución al mal hecho, sino que ahora se trabaja sobre la prevención de los delitos por medio del tratamiento de acuerdo a quien sea sentenciado con pena privativa de la libertad. Sin embargo, en la Ley la pena que se establece es tan corta que no existe la posibilidad de darle un tratamiento de adaptación o rehabilitación, haciendo la aclaración que es distinto al de rehabilitación que conforme con la Ley de Normas Mínimas son conceptos distintos.

Al dejar de ser alternativa la pena privativa de la libertad, el juez será obligado, además de imponer una multa, a dictar sentencia al reo, pero que por tratarse de un delito cuyo término medio aritmético es menor de cinco años, conforme al artículo 20 constitucional, tendrá derecho a la libertad bajo fianza, la cual no es otra cosa que una multa, además de la misma sanción pecuniaria que conjuntamente deberá imponer el juez. Penológicamente se encuentra comprobado que las penas cortas o alternativas no son ejemplificativas ni amedrentadoras, por lo que no deben aplicarse.³⁶

Por otra parte, Vela Treviño señalaba que el sistema carcelario o penitenciario ha demostrado su fracaso, puesto que los reos no llegan a readaptarse o rehabilitarse, sino que al contrario el paso por los reclusorios para la purga de una sentencia, en múltiples de los casos acceden a la alta escuela para el aprendizaje de conductas en algunos casos aun de mayor peligrosidad, por lo que él sugería la revisión de las conductas previstas en la Ley, para su posible despenalización.

8. USURPACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Con el rubro general de usurpación, de los bienes inmateriales, la doctrina ha identificado los delitos en esta materia.³⁷ El concepto de usurpación comprende la apropiación indebida de los derechos inma-

³⁶ VELA, Carolina, *op. cit.*, p. 192.

³⁷ RANGEL MEDINA, David, *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual*, México, Universidad Autónoma de México, 1991.

teriales, pero no puede configurarse la falsificación en materia de creaciones industriales, puesto que técnicamente se trata de una invasión de los derechos, no así en materia de signos distintivos en que se configura la falsificación como una manera de la usurpación, pero no se le habla de invasión de derechos. La imitación en materia de marcas, que es una forma de usurpación, sólo está considerada como delito en aquellos casos de reincidencia,³⁸ mientras tanto, se le considera como una infracción administrativa.

8.1 Creaciones industriales nuevas

La usurpación en materia de las creaciones industriales consiste, según Pella Fargas³⁹ en la apropiación de la invención protegida por una patente de invención de la cual es titular otra persona. Esta puede configurarse mediante la fabricación de la totalidad del objeto patentado o solamente los elementos esenciales. Mascareñas señala que la usurpación consiste en la apreciación total y plena del bien jurídico protegido mediante la explotación, sin el consentimiento del titular y con finalidad industrial o comercial. En materia de creaciones industriales, la reproducción o imitación de los elementos esenciales, es decir, de la parte original de la invención, abstracción hecha de los demás elementos de dominio público. No es necesario que se reproduzca el objeto o se ejecute el procedimiento en la forma que se describe en la memoria de la patente, basta que lo sean los elementos que figuran en la nota reivindicatoria, que son realmente los que la patente protege. No es esencial que se copie todo el objeto de la patente, para que se dé la usurpación, sino basta que sean los elementos esenciales o que exista cierta semejanza entre lo privilegiado y la imitación indebida.⁴⁰

8.2 Signos distintivos

La legislación anterior, en lo que se refiere a los signos distintivos, particularmente la Ley de Marcas de 1989 tipificaba como delito la

³⁸ La fracción X del artículo 213 prevé como delito continuar usando una marca no registrada, parecida en grado de confusión a otra registrada, después de que la sanción administrativa, impuesta por esta razón haya quedado firme.

³⁹ PELLA Y FARGAS, citado por Mascareñas, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁰ SEPÚLVEDA, César, *El Sistema Mexicano de la Propiedad Industrial*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1981, p. 199.

falsificación de marcas, la cual junto con la imitación, queda comprendida dentro del rubro general de usurpación, sin embargo, Mascareñas hace una distinción entre lo que es la falsificación y la usurpación. La primera la define como la reproducción total y plena sobre un producto, de los signos distintivos usados por otro industrial o comerciante.⁴¹ Para configurar la falsificación, este autor señala que debe darse la reproducción de la marca, así como de los demás elementos que puedan acompañarla. Es decir, integran la falsificación, la reproducción de los signos y el uso de la marca en los productos o en los medios materiales, con lo que se ofrece la prestación de los servicios.

Mascareñas, al referirse al uso de la marca, señala que:

"Entendemos, pues, que además de la reproducción del signo, esta reproducción debe hacerse sobre el producto mismo, ya directamente, en los casos en que así lo requiere en la naturaleza del producto, ya mediante la colocación de etiqueta, envoltorio, envase, etcétera. Esta aplicación del signo al producto, es lo que entendemos que constituye el uso de la marca, sin que se requiera para que haya uso el que se transmitan los productos y ni siquiera que se pongan a la venta o se ofrezcan. Por usurpación, este autor entiende la apropiación total y plena del bien jurídico protegido mediante la explotación, sin el consentimiento del titular y con finalidad industrial o comercial mediante el uso de los signos distintivos de los productos y de las empresas."⁴² Este mismo autor precisa que se debe considerar como usurpación la acción que consiste en usar, para distinguir un producto, el mismo signo que constituye la marca de otro de forma que aun cuando se reproduzca el signo (denominativo figurativo), al presentarse al comercio, no se hace como si fuera el producto auténtico, sino de forma que sea tomado por éste. Es así que al existir una mutación de la verdad, estaremos frente a la falsificación, mientras que cuando se reproducen algunos de los elementos que constituyen la marca, pero que no son propiamente ésta, estaremos frente a la usurpación. Existirá un acto de apropiación del signo mediante el cual se trata de crear una confusión y no una mutación de la verdad y la usurpación se da al momento en que con fines comerciales, se usa la marca, esto es al momento de colocarla sobre el producto en cualquiera de las formas que

⁴¹ MASCAREÑAS, *op. cit.*, p. 80.

⁴² *Op. cit.*, p. 91.

la marca pueda utilizarse, pero no es requisito que el producto haya sido vendido o puesto a la venta, sino que desde el momento en que la marca ha sido colocada en el producto, con fines comerciales ya se hace uso de la marca.

En el derecho mexicano, concretamente en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, no se identifica a ninguno de los delitos bajo el rubro de falsificación, usurpación o la sanción administrativa de imitación, sino por mera inferencia se desprende lo anterior. César Sepúlveda⁴³ al referirse a los delitos previstos en la Ley anterior, señala que la falsificación se encuentra apenas determinada indirectamente por inferencia, en la fracción IV del artículo 211, aunque hubo resistencia a denominarle de esta manera. De la misma manera se denomina uso ilegal de marca a la parte contenida en la fracción VI del artículo 223 de la Ley actual, que establece el mismo principio. De lo anterior, se puede concluir que la falsificación consiste en la reproducción o copia servil de una marca registrada, mientras que la usurpación, si bien consiste en la reproducción del signo, existen algunos elementos de ésta que son diferentes, por lo tanto hará una apropiación de marca. Podría considerarse como sinónimo de usurpación la imitación, sin embargo, en nuestro Derecho Positivo mexicano se sanciona en la fracción IV del artículo 213 el uso de marcas similares en grado de confusión, es decir, alude a la imitación de una marca, mientras que la usurpación se orienta hacia la falsificación, por existir algunos elementos que no fueron reproducidos, pero que no son fácilmente percibibles por el consumidor ordinario, no así en la imitación que estos elementos sí son fácilmente identificables.

Por usurpación debe entenderse, de acuerdo con el profesor Mascareñas, la apropiación total y plena del bien jurídico protegido, mediante la explotación sin el consentimiento del titular y con finalidad industrial o comercial de las creaciones industriales nuevas o de los signos distintivos. Esta definición no comprende a los secretos industriales, pero el principio de la definición se extiende a los mismos.

8.3 Secretos industriales

En el artículo 223, si bien en tres fracciones se mencionan en apariencia sólo tres tipos delictivos, el revelar, apoderarse y usar un se-

creto industrial, de un análisis más a fondo de estos tipos, de acuerdo con Rangel Medina se encuentran más tipos delictivos en las mismas. A diferencia del Código Penal en el que ya se tipifica la revelación del secreto, aquí se incluyen el apoderamiento y el uso; y respecto del apoderamiento al señalar las fracciones XIV y XV, parece más bien orientado a tipificarse como un delito de fraude, pues el apoderamiento consistirá en el soporte material en el que esté contenido el secreto industrial sin perjuicio del uso que se haga de éste.

De los tipos delictivos se establece que tanto para la revelación, apoderamiento o el uso son con motivo de un trabajo, cargo, puesto, ejercicio de su profesión o relación de negocios por lo que parecen no están tuteladas la simple confianza amistosa ni el conocimiento subrepticio.

9. DELITOS EN MATERIA DE CREACIONES INDUSTRIALES

En el artículo 223 se establece como delito lo siguiente:

Artículos 223. Son delitos:

I. Fabricar o elaborar productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo de utilidad, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva;

II. Ofrecer en venta o poner en circulación productos amparados por una patente de invención por un registro de modelo de utilidad, a sabiendas de que fueron fabricados o elaborados sin consentimiento del titular de la patente o registro o sin la licencia respectiva;

III. Utilizar procesos patentados, sin consentimiento del titular de la patente o sin la licencia respectiva;

IV. Ofrecer en venta o poner en circulación productos que sean resultado de utilización de procesos patentados, a sabiendas que fueron utilizados sin el consentimiento del titular de la patente o de quien tuviera una licencia de explotación;

V. Reproducir diseños industriales protegidos por un registro, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva;

10. CLASIFICACIÓN DE ESTOS DELITOS

De las fracciones transcritas, cabe hacer la siguiente clasificación de estos delitos. A pesar de que cada figura de las creaciones indus-

⁴³ SEPÚLVEDA, César, *El Sistema Mexicano de la Propiedad Industrial*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., p. 209.

triales puede estructurarse de manera independiente, se englobarán en una sola.

1. Fabricación de productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo de utilidad.

2. Elaboración de productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo de utilidad.

3. Ofrecer en venta o poner en circulación, productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo de utilidad.

En esta conducta deben darse dos requisitos para configurar el tipo delictivo. 1. Que haya sido sin consentimiento del titular de la patente o registro o sin la licencia respectiva. 2. Que el presunto responsable lo haya hecho a sabiendas de que la fabricación o elaboración del producto amparada por la patente o el registro de modelo de utilidad fue realizado sin consentimiento de su titular. Es decir, que se trata de un delito doloso, excluyéndose por tanto la posibilidad de establecerle el carácter de culposo.

4. Utilizar procesos patentados.

5. Ofrecer en venta o poner en circulación productos que sean resultado de la utilización de procesos patentados.

En esta fracción también se requiere la falta de consentimiento del titular y como elemento subjetivo, el dolo por parte del que adquiere los productos, puesto que éste debe tener conocimiento de que la utilización del proceso patentado del producto que él adquirió u ofrece en venta o pone en circulación fue realizado sin consentimiento de su titular.

6. La reproducción de diseños industriales, si es por un registro.

En cuanto a la configuración típica de estos delitos, ya sea en cuanto a la fabricación, elaboración, uso o reproducción de los derechos objeto de protección, es trascendente que se haga sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva. La existencia de uno u otro constituye circunstancias de excepción que producen su atipicidad.

Dentro de estas mismas causas, están aquellas previstas expresamente en el artículo, en las que la Ley señala que la realización de cualquier actividad contemplada en este precepto no constituirá infracción administrativa o delitos en los términos de la Ley. 1. Es así que no transgrede los derechos del titular de la patente, la investigación científica o tecnológica para fines puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza y para ello se fabrique o utilice un producto o si

es un proceso igual al patentado. 2. La introducción lícita en el comercio de un producto patentado o de un producto cuyo proceso de obtención u objeto de una patente. 3. La utilización de un proceso patentado, con anterioridad a la fecha de solicitud de la presentación en la solicitud de patente o en su caso de la prioridad reconocida o se hubieren iniciado los preparativos necesarios para llevar a cabo tal utilización o fabricación. 4. El empleo de la invención que se trate en los vehículos de transporte de otros países, cuando éstos se encuentren en tránsito en territorio nacional. 5. En el caso de materia viva, la utilización que realice un tercero en el producto patentado sólo como fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos, sin embargo se sanciona la utilización reiterada. 6. En aquellos casos de patentes relacionadas con productos que consistan en materia viva, es causa de excepción la conducta de un tercero que utilice, ponga en circulación, comercialice los productos patentados para fines que no sean de multiplicación o propagación después de haberlos introducido lícitamente en el comercio por el titular de la patente o de la persona que tenga concedida una licencia.

La limitación de los derechos del titular de la patente, rigen de la misma manera a los modelos de utilidad, así como los diseños industriales, por lo que resultan ser causas de atipicidad, cuya actividad no transgrede el orden jurídico y por ende no son sancionables.

11. DELITOS EN MATERIA DE MARCAS

El mismo artículo 223 señala como delitos en materia de marcas los siguientes:

Artículo 223. Son delitos:

VI. Usar una marca registrada, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva, en productos o servicios iguales o similares a los que la marca se aplique;

VII. Ofrecer en venta o poner en circulación productos iguales o similares a los que se aplica una marca registrada, a sabiendas de que se usó ésta en los mismos sin consentimiento de su titular;

VIII. Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca registrada que hayan sido alterados;

IX. Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca registrada, después de haber alterado, sustituido o suprimido parcial o totalmente ésta;

X. Continuar usando una marca no registrada parecida en grado de confusión a otra registrada, después de que la sanción administrativa impuesta por esta razón haya quedado firme;

XI. Ofrecer en venta o poner en circulación los productos o prestar los servicios con las marcas a que se refiere la fracción anterior;

12. CLASIFICACIÓN DE ESTOS DELITOS

Al igual que en el inciso anterior, en una sola clasificación de estos delitos, se engloban a las marcas de productos y las de servicios.

La clasificación de estas conductas comprende a las marcas de productos y a las de servicio:

1. La utilización de una marca registrada para distinguir los mismos productos o servicios.

2. La utilización de una marca registrada para distinguir productos o servicios similares.

3. El ofrecimiento en venta o puesta en circulación de productos iguales o similares a una marca registrada, a sabiendas de que ésta se utilizó sin consentimiento del titular.

4. Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca, después de haber sido alterados.

5. Bajo los mismos supuestos del inciso anterior, se sanciona la alteración, sustitución o supresión parcial o totalmente de la marca.

6. Reincidir en el uso de una marca no registrada para distinguirla con otra registrada, después de que la sanción administrativa impuesta por esta razón haya quedado firme.

7. Ofrecer en venta o poner en circulación productos o prestar servicios con una marca, que conforme al inciso anterior ha sido considerado similar en grado de confusión a otra debidamente registrada.

13. ELEMENTOS MATERIALES DE ESTE TIPO DE DELITOS

Los presupuestos necesarios para que concurran los elementos que permitan la configuración típica de los delitos de propiedad industrial son los siguientes:

1. La existencia de un derecho, consistente en el otorgamiento de una patente de un diseño industrial o modelo de utilidad, todos ellos en vigor.

2. Que ese derecho tenga un titular o propietario legítimo.

3. Que exista un objeto fabricado conforme a la invención patentada o que el objeto se haya fabricado o comercializado sin consentimiento del dueño de la patente o del modelo de utilidad. De la misma forma, se requiere la reproducción de un diseño industrial, sin la autorización del propietario.

En relación con los signos distintivos que comprenden a las marcas de productos y servicios, la configuración de tipo legal es la siguiente:

1. La existencia de una marca legalmente registrada.

2. Que ésta tenga un titular o propietario legítimo.

3. Que el registro que ampara la marca se encuentre en vigor y surtiendo sus efectos legales.

4. Que la marca ilegalmente reproducida o imitada se aplique a mercancías iguales o similares a la que ampara la registrada o se presen servicios iguales o similares a los protegidos por el registro, sin consentimiento de su titular para su reproducción o imitación.

14. DELITOS EN MATERIA DE DENOMINACIONES DE ORIGEN

Artículo 223. Son delitos:

XII. Usar sin autorización o licencia correspondiente una denominación de origen.

15. CLASIFICACIÓN Y ELEMENTOS MATERIALES DE ESTE DELITO

La configuración típica de esta figura, requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1. La existencia en una denominación de origen.

2. Que esta denominación de origen se encuentre protegida mediante la Declaración General que al efecto debe emitir la Dirección General de Desarrollo Tecnológico.

3. Que la declaración de protección se encuentre en vigor.

4. Que el uso de la denominación de origen se realice sin la autorización expedida por la Secretaría o que se utilice de tal manera que se incluyan indicaciones tales como género, tipo, manera, imitación y otras similares que creen confusión en el consumidor o impliquen competencia desleal.

5. Quien haga uso de la misma no cuente con el consentimiento del usuario autorizado para ello, a pesar de que la autoridad haya expedido la Declaración General de Protección.

16. LOS DELITOS EN MATERIA DE SECRETOS INDUSTRIALES

La LPI introdujo la tipificación de los delitos en materia de secretos industriales, en tres diferentes fracciones, pero que del análisis pormenorizado de cada una de ellas se desprende un mayor número de tipos delictivos.

El artículo 223 establece:

Son delitos:

XIII. Revelar a un tercero un secreto industrial, que se conozca con motivo de su trabajo, puesto, cargo, desempeño de su profesión, relación de negocios o en virtud del otorgamiento de una licencia para su uso, sin consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial, habiendo sido prevenido de su confidencialidad, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto;

XIV. Apoderarse de un secreto industrial sin derecho y sin consentimiento de la persona que lo guarde o de su usuario autorizado, para usarlo o revelarlo a un tercero, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o a su usuario autorizado;

XV. Usar la información contenida en un secreto industrial, que conozca por virtud de su trabajo, cargo, puesto, ejercicio de su profesión o relación de negocios, sin consentimiento de quien lo guarde o de su usuario autorizado, o que le haya sido revelado por un tercero, a sabiendas que éste no contaba para ello con el consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado, con el propósito de obtener un beneficio económico o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado.

17. CLASIFICACIÓN Y ELEMENTOS MATERIALES DE ESTE DELITO

Dentro de los elementos materiales de este delito presupone entre otros:

1. La existencia de un secreto industrial.
2. Que esté contenido en un soporte material.
3. Que ese secreto industrial signifique obtener o mantener una ventaja competitiva.

4. Que el poseedor lo haya preservado en confidencia.

5. Que a la persona que se le trasmite por virtud del cargo, puesto o desempeño de su profesión, se le haya prevenido de la confidencialidad de la información.

6. Que la persona que lo reveló, apoderó o usó, lo haga con el propósito de obtener un beneficio económico o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarda el secreto o que a sabiendas no contaba con el consentimiento para utilizarlo.

Sobre esta figura, resulta aún más cuestionable la necesidad de contar con el dictamen técnico, para ejercitar la acción penal puesto que al tratarse de información confidencial y obviamente no sujeta a un registro, la autoridad carecerá de elementos para emitir dicho dictamen los cuales deberá requerir al afectado.

18. NOMBRES Y AVISOS COMERCIALES

En la fracción VII del artículo 211 de la Ley de Invenciones y Marcas se tipificaba como delito la utilización dentro de una zona geográfica que abarque la clientela efectiva, un nombre comercial igual a otro que ya estaba siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicio del mismo giro. El legislador de la LPI, despenalizó el uso ilegal o falsificación de un nombre comercial y lo trasladó al capítulo de las infracciones administrativas. En la fracción VI del artículo 213 se considera como tal, el uso de un nombre comercial idéntico o semejante en grado de confusión con otro que ya esté siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicios del mismo o similar giro dentro de la zona geográfica donde resida la clientela efectiva o en cualquier parte de la República, en el caso previsto por el artículo 105 de esta Ley. No resultan claras las razones, por las que se modificó la configuración de la conducta, puesto que los supuestos normativos para configurar el tipo delictivo por el uso ilegal de un nombre comercial, son esencialmente los mismos de los de la marca, primordialmente el engaño que sufre el público consumidor. Ni existe una distinción de grado que justifique el sancionarlos de diferente manera, si se toma en cuenta la filosofía penal y criminalística que envuelve a la Ley.

Menos afortunada, es la situación de los avisos comerciales, que desde la Ley anterior no se les sanciona ni como infracción adminis-

trativa en el caso de la imitación o como delito en el caso de la falsificación, lo cual hacía ineficaz su regulación. Este vicio persiste en la Ley actual, puesto que de nueva cuenta no se considera la imitación de un aviso comercial como infracción administrativa o la reproducción como un uso ilegal, por lo que aun y cuando son inaplicables las reglas de marcas en aquello en que no existe disposición expresa en materia de avisos comerciales, resulta cuestionable en materia de delitos el que no exista una disposición expresa que así lo considere. La remisión a las reglas de las marcas, contraviene los principios contenidos en las garantías de legalidad o de exacta aplicación a la Ley, puesto que obliga al juez a realizar una labor creadora, alejándose de la aplicación estricta del derecho penal, por lo que para reprimir el uso no autorizado de un aviso comercial, deberá acudir a las reglas de la competencia desleal.

19. EL REQUISITO PROCESAL Y EL OBSTÁCULO PROCESAL

La averiguación previa que lleva a cabo el órgano encargado de la investigación y persecución de los delitos, es decir, el Ministerio Público, cuando está referida a los delitos en contra de la propiedad industrial, se sustenta en los mismos criterios y preceptos legales o aplicables a la averiguación previa en general por lo que le son aplicables los artículos 1, 2 y 3 del Código Federal de Procedimientos Penales, no así en lo que se refiere a la culminación de la averiguación eventualmente para el ejercicio de la acción persecutoria en los que existen requerimientos especiales.⁴⁴

De un punto de vista procedimental, la averiguación previa en general se inicia desde el principio de las investigaciones y culmina con el ejercicio de la acción persecutoria o en su caso del archivo correspondiente, y es lo que se denomina Averiguación Previa a la Consignación de los Tribunales. Dentro de esta etapa de averiguación previa, el Ministerio Público está facultado para buscar todos los medios de prueba que sean necesarios para acreditar la existencia de los delitos de orden federal y que le permite determinar responsabilidad de quienes hubieren intervenido o participado en la comisión de tales delitos, y

⁴⁴ VELA TREVIÑO, Sergio, "La Averiguación Previa Relacionada con los Delitos en Contra de la Propiedad Industrial. Integración y Medidas Cautelares", en *Estudios de Propiedad Industrial*, órgano de la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial, México, 1992, p. 87.

disponer de las autoridades y policías necesarias para poder registrar todo el conjunto de casos que pueden ser legalmente perseguibles para la práctica de la averiguación previa, y culminarla a través del ejercicio de la acción penal, que se deduce ante los tribunales federales.⁴⁵

El artículo 4º del Código Procedimental establece si la comisión de un hecho es o no delito federal y la determinación de si las personas imputadas por el Ministerio Público son o no responsables penalmente, para el efecto de que la autoridad judicial imponga las sanciones que a su juicio correspondan conforme a la Ley. Estas disposiciones, y algunas otras que intervienen para la integración de la averiguación previa, así como para las facultades del Ministerio Público que están vinculadas con el artículo 16 constitucional, en el que se establece, el requisito que debe satisfacerse, para que se considere apegada a derecho el libramiento de una orden de captura, en cuanto a que ésta debe ser dictada por la autoridad judicial, precediendo denuncia, acusación o querrela por un hecho estimado que la ley castiga con pena corporal.

La persecución de los delitos de la Propiedad Industrial, particularmente en relación con el principio de especialidad en materia penal, previsto en el artículo 6º del Código Penal, es aplicable en sentido que la Ley especial deroga a la general. En consecuencia en la LPI, que es la ley especial, existen disposiciones que regulan el trámite que debe darse respecto al caso concreto resultando por tanto ésta aplicable, y debiendo ser derogadas las reglas generales también en lo que sean contradictorias como lo establecido en la norma específica. En consecuencia señala Vela Treviño, esto equivale a afirmar que la LPI, en caso contrario, exista un dispositivo que amplíe o modifique los criterios establecidos en el Código Procesal Penal, debe ser tratado preferentemente, la primera (la LPI) sobre la segunda, porque solamente así puede entenderse que funciona el principio de especialidad. Esto se corrobora con el contenido del artículo 225 de la LPI, que contiene principios especiales en cuanto al procedimiento de la Ley que nos ocupa, lo que permite sostener que no existe un requisito de procedibilidad alguno para que el Ministerio Público inicie la averiguación previa relacionada con los delitos previstos en el artículo 223 de la LPI, por lo que estos delitos, son de los considerados como perseguibles de oficio.⁴⁶ Así también, el Ministerio Público en atención a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, está fa-

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 94.

cultado para dictar las medidas cautelares que establezca dicho ordenamiento legal para el aseguramiento y garantías de las mercancías con que se cometen los delitos. De este mismo precepto se desprende la existencia de un obstáculo procesal, puesto que resulta como requisito esencial para ejercitar acción penal, y es el contar con un dictamen técnico por parte de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Desde un punto de vista procesal el requisito de procedibilidad difiere del obstáculo procesal. El primero consiste en la formulación de una petición o de una querrela, es un elemento que debe satisfacerse para el inicio de la averiguación previa, lo que no existe en los delitos relacionados con la materia que nos ocupa. El obstáculo procesal aparece como impedimento para el ejercicio de la acción penal, al culminar una averiguación previa en que se ha logrado la integración de los elementos a que se refiere el artículo 16 constitucional. Este obstáculo impide el ejercicio de la acción penal mientras no se cumplan los requerimientos que la ley señala.

El dictamen técnico es una simple opinión de una autoridad administrativa, que por ser una autoridad especializada, integrada por expertos en la materia, está autorizada para emitir un punto de vista que se presume es respetable y serio y más cercano a la exactitud en la interpretación de las normas legales aplicables. Esta opinión administrativa que es un mero soporte al juez, no vincula por una parte al agente del Ministerio Público, quien de acuerdo con el artículo 21 constitucional, goza del monopolio del ejercicio de la acción penal, así como tampoco los jueces están obligados por esta expresión administrativa y pueden a pesar de que el dictamen haya expedido en cierto sentido absolver o sentenciar al infractor.

El antecedente del dictamen técnico, así como, los alcances jurídicos se hallan contenidos en la Ley de Patentes y la Ley de Marcas y de Avisos y Nombres Comerciales de 1928, los cuales se transmitieron a la Ley de Propiedad Industrial de 1942. En esta Ley se aclaró que la opinión de la autoridad se hacía desde un punto de vista técnico, sin prejuzgar la acción penal que en el caso pudiera ejercitarse, lo que se conservó en la Ley de Invenciones y Marcas, sin embargo en ésta se le da el carácter de una resolución previa, es decir de un acto de autoridad el cual implicaba un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuya relación era impugnabile a través del juicio de garantías, lo que beneficiaba al infractor quien continuaba invadiendo los derechos del titular, o contaba con el tiempo suficiente para

concertar jugosos negocios, o desprestigiar la marca usurpada o el invento invadido. Ante ello el legislador de la LPI, en materia de regulación de los delitos sustituyó la resolución previa por el dictamen técnico con el fin de agilizar la administración de justicia. En el fondo resulta ser el mismo obstáculo procesal, pero las consecuencias jurídicas en cuanto que se trata de una simple opinión, no resultan claras y si surgen una serie de interrogantes e incertidumbre, particularmente sobre la posibilidad de impugnar este dictamen a través de un juicio de garantías, así como por lo incierto de la ley en cuanto quién es el facultado para emitirlo, si el particular puede solicitar su expedición o es una facultad exclusiva del agente del Ministerio Público y en qué momento dentro del desarrollo de la averiguación previa debe emitirse y bajo qué formalidades debe operar en favor del infractor la garantía de audiencia, para que éste tenga posibilidad de aportar pruebas e incluso impugnar la validez del registro o de la patente en el que se apoya la acción del titular y si este último podrá aportar mayores elementos en base a lo que se haya emitido por el dictamen técnico.

Lo anterior, es aplicable a persecución de los delitos, en materia de secretos industriales, cuyas características difieren de las patentes y de las marcas, lo que hace aún más compleja su aplicación.

La inclusión del dictamen técnico, en la LPI aún no ha dado los frutos que se esperaban, a pesar de los esfuerzos que la autoridad administrativa ha realizado para aplicar y hacer respetar la ley, lo cual es loable pero los escasos dictámenes expedidos, así como la necesidad de una mayor coordinación entre la autoridad administrativa, es decir la Procuraduría General de la República, han frenado el desarrollo de la persecución de manera más eficaz de estos delitos. La experiencia desde 1928 hasta 1991 en que la resolución previa estuvo en vigor presentó muchos problemas, la efímera existencia del dictamen técnico desde 1991 hasta la fecha, no ha demostrado ser mejor y sí en algunos casos crear mayor incertidumbre y desaliento por parte del titular de los derechos e inseguridad por parte de los presuntos infractores.

20. CONSIDERACIONES FINALES

Es innegable la cada vez mayor importancia que requiere la Propiedad Industrial, tanto en el ámbito internacional como nacional, y la conciencia de los titulares para ejercitar sus derechos, como del público

consumidor para el respeto de los mismos, por lo que la regulación de los delitos, pero principalmente su persecución, es esencial, pero la experiencia nos ha demostrado, en especial por la evolución de la propiedad industrial en nuestro país, de la necesidad de una persecución efectiva, lo cual se ha iniciado, pero no de la forma contundente que se esperaba con la inclusión del dictamen técnico, puesto que por una parte la Dirección General de Desarrollo Tecnológico si bien ha procedido con importantes medidas de aseguramiento, se requiere su dictamen, y por la otra la Procuraduría General de la República, que ha realizado operativos con el fin de atacar el problema, tampoco ha mostrado ser la mejor solución. Lo que nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de la creación de un tribunal especializado en el que se ventile este tipo de asuntos y si bien conforme al artículo 21 constitucional, el agente del Ministerio Público conservará el monopolio del ejercicio de la acción penal, ese tribunal deberá estar integrado por expertos, podrá aplicar de manera eficaz y analizar con mayor profundidad aquellas conductas presumiblemente constitutivas de un delito.

SECCIÓN MONOGRÁFICA RÉGIMEN ACTUAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

EL NUEVO RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MÉXICO: LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, LOS DERECHOS DE AUTOR, LAS LICENCIAS Y LAS FRANQUICIAS EN MÉXICO *

Carlos MÜGGENBURG R. V. y John B. McKNIGHT

SUMARIO: *Introducción. I. Protección de los derechos de propiedad intelectual. II. Licencias y franquicias. III. Violaciones a la Ley y forma de hacerla valer. IV. Tratado de Libre Comercio. V. Conclusión.*

INTRODUCCIÓN

La reciente publicación, en junio de 1991, de la Ley para Promover y Proteger la Propiedad Industrial (la Ley de la Propiedad Industrial),¹ modifica el régimen de la propiedad industrial y constituye una indicación de un paso importante en los esfuerzos de México para integrarse a una economía global. Aun cuando la Ley de la Propiedad Industrial favorece la protección de los derechos de propiedad industrial en México, hasta un nivel comparable con el de los países industrializados, debe hacerse notar que aún contiene algunas deficiencias. Afortunadamente, las disposiciones en materia de propiedad industrial del recientemente negociado Tratado de Libre Comercio (TLC)² cubren los defectos más importantes y en el caso de que el TLC sea ratificado, la protección de los derechos de propiedad industrial por

* Este artículo es una traducción adaptada del publicado originalmente en idioma inglés en *The International Lawyer*, a Quarterly Publication of the Section of International Law and Practice/ABA, Spring 1993, volume 27, number 1.

¹ Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, D. O., junio 27 de 1991 [en lo sucesivo "Ley de la Propiedad Industrial"].

² Tratado de Libre Comercio [en lo sucesivo TLC] parte 6, capítulo 17. Todas las referencias al TLC se relacionan con la versión de octubre 7 de 1992. Una versión similar fue previamente inicialada el 2 de octubre de 1992 por Canadá, Estados Unidos y México. El TLC no ha sido aún ratificado por las partes integrantes del mismo.

parte de México alcanzará un excelente nivel. Efectivamente, de ratificarse el TLC, México mejorará en forma importante su clima de negocios y habrá eliminado otros obstáculos que le permitirán atraer aún más la inversión extranjera y la tecnología de punta.³

La aprobación de la Ley de la Propiedad Industrial y la reforma de algunos aspectos importantes de la Ley Federal de Derechos de Autor⁴ no sucedió por supuesto de manera aislada. Siguiendo con la política de reformas iniciada por la administración precedente del Presidente De la Madrid, la administración actual del Presidente Carlos Salinas ha llevado a cabo una serie de acciones muy importantes para atraer la inversión extranjera a México, entre las cuales pueden mencionarse como las más importantes los reglamentos diseñados para "liberalizar" la Ley de Inversión Extranjera de 1973 (Ley de Inversión Extranjera)⁵ y la Ley de Transferencia de Tecnología de 1982 (Ley de Transferencia de Tecnología).⁶ Estas acciones de reforma y en particular la negociación y aprobación del TLC, constituyen elementos determinantes para tener grandes esperanzas en una economía mexicana mucho más sana que permitirá a México participar de manera plena en el mercado internacional. La administración de Salinas se ha percatado, sin embargo, de que para ser internacionalmente competitivo, México necesita complementar su característica mano de obra barata, sus recursos naturales abundantes y sus tradiciones empresariales, con flujos de capital y tecnología extranjeros. La aprobación del TLC es abiertamente el paso más importante que México ha llevado a cabo para romper con su pasado aislacionista y poder atraer dichos activos esenciales para el desenvolvimiento de su programa económico. La administración de Salinas ha evitado desde luego apoyar todas sus expectativas en la aprobación del TLC y en forma unilateral ha llevado a cabo otras acciones en los últimos años que le

³ Ver R. SHERWOOD, *Intellectual Property and Economic Development* (1990). (Se refiere a ejemplos de México y Brasil que demuestran que una protección efectiva de la propiedad industrial ayuda al desarrollo económico de los países.)

⁴ Ley Federal de Derechos de Autor, D. O., diciembre 21 de 1963 y modificaciones subsecuentes [en lo sucesivo Ley de Derechos de Autor]; *infra*, notas 58 a 63.

⁵ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, D. O., mayo 16 de 1989 [en lo sucesivo el "Reglamento de Inversión Extranjera" de 1989].

⁶ 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., enero 9 de 1990 [en lo sucesivo el "Reglamento de Transferencia de Tecnología" de 1990].

permitan atraer la tecnología e inversión extranjera con un sinnúmero de esfuerzos,⁷ incluyendo reformas a la reglamentación en materia de la Ley de Inversión Extranjera y la Ley de Transferencia de Tecnología.

La aprobación de la Ley de Propiedad Industrial sin embargo tiene un mayor significado que las reformas anteriores en virtud de que en este caso la administración de Salinas obtuvo la aprobación del Congreso respecto de un componente fundamental del plan económico de la propia administración. En consecuencia, en tanto que la reglamentación de disposiciones característicamente restrictivas de la Ley de Inversión Extranjera y Ley de Transferencia de Tecnología⁸ ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional, la Ley de la Propiedad Industrial de manera sólida sustituye a la Ley de Invenciones y Marcas de 1976 (Ley de Invenciones y Marcas).⁹ Adicionalmente, la Ley de la Propiedad Industrial expresamente abroga la Ley de Transferencia de Tecnología y el Reglamento de Transferencia de Tecnología de 1990 (Reglamento de Transferencia de Tecnología),¹⁰ el cual regulaba la licencia de prácticamente cualquier forma de propiedad industrial así como la prestación de servicios técnicos. La aprobación

⁷ Ver "The New Mexican Revolution: Economic Reform and the 1989 Regulations of the Law for the Promotion of the Mexican Investment and the Regulation of Foreign Investment", *24 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 647, 660-67 (1991) (revisión de la estrategia económica de la administración de Salinas tendiente a controlar la inflación y mantener la estabilidad social, liberación de recursos públicos para el refinanciamiento de la deuda extranjera mexicana, desregulación, fomento selectivo de la privatización, liberalización de la política de comercio mexicana, reforma de legislación en materia de inversión extranjera, mejoramiento de la protección de los derechos de propiedad industrial). Otras acciones importantes tendientes a dicha liberalización han sido adoptadas en materia automotriz, petroquímica, maquiladora, transportación terrestre, inmuebles, minera y actividades financieras. Ver notas por Carlos MÜGGENBURG, "The American Society of International Law", *Proceedings of the 85th Annual Meeting*, Washington, D. C., abril 19 de 1991 del 240 al 244.

⁸ Estas preocupaciones de carácter constitucional han sido formuladas fundamentalmente por abogados. Ver "The New Mexican Revolution", *supra*, nota 7, en 684 (en relación con el Reglamento de Inversiones Extranjeras, *supra* nota 5); ver además John B. McKNIGHT y Carlos MÜGGENBURG, "Mexico Redoubles Efforts to Attract Foreign Franchisors", *9 Franchise L. J.*, Spring, 1990, en 3 n. 29 (haciendo referencia a la preocupación de los abogados mexicanos respecto a la constitucionalidad de ciertas disposiciones del Reglamento de Transferencia de Tecnología, *supra* nota 6).

⁹ Ley de Invenciones y Marcas, D. O., febrero 10 de 1976 y modificaciones subsecuentes [en lo sucesivo la Ley de Invenciones y Marcas].

¹⁰ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1 artículo 2 transitorio.

por el Congreso de la Ley de la Propiedad Industrial es importante en virtud de que la administración Salinas, en un solo acto legislativo, ha dejado históricamente sin efecto el esquema de los derechos de propiedad industrial contemplados bajo la Ley de Invenciones y Marcas y la Ley de Transferencia de Tecnología.

Este artículo se inicia con un análisis de varias disposiciones de carácter sustantivo de la Ley de la Propiedad Industrial en relación con patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos industriales y comerciales e identificaciones comerciales (incluyendo marcas). Posteriormente además de hacer notar la importancia de las reformas a la Ley de Derechos de Autor, la parte II hace referencia al tratamiento de las licencias y franquicias bajo la Ley de la Propiedad Industrial, la abrogación de la Ley de Transferencia de Tecnología y el Reglamento de Transferencia de Tecnología. La parte III analiza la forma en que se pueden hacer valer las disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial y analiza la efectividad de tales medidas en función de una auténtica protección de los derechos de propiedad industrial. La parte IV se refiere a los aspectos más importantes del régimen de propiedad industrial bajo el ya negociado pero no ratificado TLC. Finalmente se hace referencia al panorama general de los derechos de propiedad industrial en México.

I. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se ha indicado, la Ley de la Propiedad Industrial publicada el 27 de junio de 1991 y en vigor a partir del día siguiente sustituyó a la Ley de Invenciones y Marcas. El Reglamento de la Ley de Invenciones y Marcas,¹¹ sin embargo, continúa en vigor, "en lo que no se oponga a ésta [a la Ley de la Propiedad Industrial]",¹² hasta en tanto el nuevo reglamento a la Ley de la Propiedad Industrial se expidió. Originalmente se esperaba que el reglamento fuera expedido hacia finales de 1991. Después de varios retrasos pareciera que la publicación de dicho nuevo reglamento pudiese estar en alguna forma ligado a la ratificación del TLC y en tal caso el mismo no sería expe-

¹¹ Reglamento de la Ley de Invenciones y Marcas, D.O. (febrero 20 de 1981 y modificaciones subsecuentes).

¹² Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 4.

dido sino hasta principios de 1994.^{12 bis} Mientras tanto, una serie de dudas continuarán existiendo con respecto a la adecuada interpretación de ciertas disposiciones particulares de la Ley de la Propiedad Industrial en las que se hace remisión expresa a dicho reglamento.

A. Patentes, modelos de utilidad y diseños industriales

Una invención es patentable bajo la Ley de la Propiedad Industrial si es novedosa, resultado de una actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial.¹³ La Ley de la Propiedad Industrial específicamente amplía el tipo de invenciones que pueden ser patentables en México, algunas de las cuales no eran patentables o no habrían podido serlo sino hasta 1997. La Ley de la Propiedad Industrial específicamente permite la protección de invenciones por medio de patente de ciertos productos químicos, aleaciones y materia viviente. El tipo de materia viviente que es protegible incluye: 1) variedades vegetales; 2) invenciones relacionadas con microorganismos tales como las logradas mediante el uso de los mismos, las que sean aplicables a tales microorganismos o invenciones que resultan de los mismos. Se incluye dentro de esta disposición toda clase de organismos tales como bacterias, hongos, algas, virus, microplasma, protozoarios y células que no se reproducen sexualmente; y 3) procesos biotecnológicos para la obtención de productos farmoquímicos, medicamentos, alimentos y bebidas para consumo animal y humano, fertilizantes, plaguicidas, herbicidas, fungicidas o productos con actividad biológica.¹⁴

^{12 bis} Se ha cuestionado la conveniencia de llevar a cabo en primer término algunas mejoras a la Ley de la Propiedad Industrial a efecto de ajustarla al TLC y sólo posteriormente expedir un reglamento de dicha ley una vez modificada.

¹³ Ley de la Propiedad Industrial artículo 15. Las definiciones de "novedad", actividad inventiva y aplicación industrial, se establecen en el artículo 12 de la Ley de la Propiedad Industrial. El requisito de novedoso de las patentes es y ha sido francamente restrictivo en virtud de que una invención se considerará dentro del dominio público si ha sido publicada en forma oral mediante una descripción escrita, por explotación o por cualesquier otros medios o informaciones dadas a conocer en México o en el extranjero, *ibid.*, artículo 12. Sin embargo, el dar a conocer una invención para efectos no comerciales a través de un medio de comunicación o en una exposición mexicana o internacional, no se considerará por sí misma como que la invención hubiere caído bajo el dominio público en la medida en que la solicitud de patente sea presentada dentro de los doce meses siguientes a que se haya dado a conocer, *ibid.*, artículo 18.

¹⁴ *Ibid.*, artículo 20.

Las siguientes invenciones relacionadas con materia viviente no pueden sin embargo ser patentadas; 1) procesos esencialmente biológicos para la obtención o reproducción de plantas, animales o sus variedades, incluyendo procesos genéticos o procesos relacionados con materia capaz de autorreproducción, o, de manera indirecta, cuando el proceso consista simplemente en la selección o aislamiento de material biológico disponible o viviente bajo condiciones naturales; 2) especies vegetales y especies y razas animales; 3) material biológico en la forma que se encuentra en la naturaleza; 4) material genético; y 5) invenciones relacionadas con materia viviente conforme al cuerpo humano.¹⁵

La ampliación a la protección de la patentabilidad a las invenciones anteriormente mencionadas, que comprenden materia viviente, es particularmente notable, dado que México durante muchos años padeció la falta de diversos productos farmoquímicos y agroquímicos disponibles con frecuencia en el mundo industrializado. Como un primer reconocimiento a esta deficiencia en el régimen de la propiedad industrial, el Congreso modificó en 1987 la Ley de Invenciones y Marcas para establecer que este tipo de invenciones serían patentables en 1997.¹⁶ La Ley de la Propiedad Industrial hizo patentables estas invenciones de inmediato; además establece que si una solicitud de patente con respecto a cualquiera de dichas invenciones hubiere sido presentado en un país signatario del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes y tales invenciones no hubieren sido explotadas en México a escala comercial y se hubiere presentado solicitud de patente en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (la "Secretaría") dentro de los 12 meses de la fecha de iniciación de vigencia de la Ley de la propiedad Industrial (o sea junio 26 de 1992), se les concedería como fecha de prioridad la de la primera solicitud presentada en cualesquiera de tales países signatarios.¹⁷ Esta disposición ha sido específicamente diseñada para beneficiar a compañías farmacéuticas y agrícolas de origen extranjero, muchas de las cuales se habían cues-

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de Invenciones y Marcas, D.O., enero 16 de 1987.

¹⁷ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo decimosegundo transitorio. A pesar del intento para atraer tales invenciones a México a través de estas disposiciones, una solicitud de patente de esta naturaleza puede ser vulnerable sobre la base de que la invención ha caído en el dominio público.

tionado seriamente la conveniencia de vender sus productos en México en el pasado.

La vigencia de una patente otorgada bajo la Ley de la Propiedad Industrial fue cambiada de 14 años subsecuentes a la fecha de otorgamiento, a 20 contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de la Secretaría. En una primera impresión ésta parece ser una mejora sustancial en el área de protección de patentes. En virtud de que el plazo que normalmente transcurre entre la presentación de la solicitud y el otorgamiento de una patente ha sido tradicionalmente muy largo, este cambio no tiene una repercusión importante en la protección de las patentes bajo la nueva Ley de la Propiedad Industrial; este cambio, sin embargo, asegura de alguna manera protección en su oportunidad a usurpaciones de patente durante el periodo transcurrido entre la fecha de presentación y la fecha de otorgamiento de la misma. El plazo de las patentes farmacéuticas y los productos farmacéuticos y de sus procesos se puede ver ampliado por 3 años, siempre y cuando el titular de la patente otorgue una licencia para su explotación a una compañía controlada por mexicanos.¹⁸

Tan pronto como sea posible, después de que hayan transcurrido 18 meses siguientes a la fecha de presentación de una patente en la Secretaría (o la fecha de prioridad establecida en la solicitud), la Ley de la Propiedad Industrial establece que la invención contenida en la solicitud sea dada a conocer públicamente.¹⁹ Tomando en cuenta que la Ley de la Propiedad Industrial no establece procedimiento alguno que permita a terceros oponerse a las solicitudes de patente pendientes, el requerimiento de publicación parece tener como única finalidad, alertar a la industria mexicana sobre los nuevos desarrollos tecnológicos. Una vez publicada la solicitud de patente, la Secretaría lleva a cabo un examen de fondo de la invención, la cual puede requerir apoyo técnico de otras dependencias gubernamentales especializadas.²⁰ Adicionalmente, la Secretaría puede aceptar o requerir información de oficinas examinadoras de patentes extranjeras y pueden solicitar información adicional del solicitante. El solicitante debe cumplir con tales requerimientos dentro de un plazo de dos meses o dentro de los

¹⁸ *Ibid.*, artículo 23. La protección adicional autorizada a medicinas y productos farmacéuticos y a su proceso de elaboración parece haber sido consecuencia de negociaciones con las compañías farmacéuticas mexicanas.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 52.

²⁰ *Ibid.*, artículo 53.

plazos que la Secretaría pueda conceder.²¹ Después de haber determinado finalmente si la invención es patentable, la Secretaría expedirá el título de patente (previo pago de los derechos gubernamentales correspondientes) o rechazará la solicitud. En el caso de que sea rechazada, el solicitante puede formular una petición de reconsideración con la Secretaría dentro de un plazo de 30 días.²² En el caso de que el rechazo de la solicitud de patente sea confirmado, se puede presentar ante los juzgados de distrito una demanda de amparo cuya decisión puede ser materia de revisión generalmente ante los tribunales colegiados de circuito.

Aun cuando la Ley de la Propiedad Industrial amplía en forma importante el tipo de invenciones que pueden ser patentadas, aún se ve afectada de disposiciones tales como las licencias obligatorias de patentes que no sean explotadas en México en un plazo de 4 años siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o de 3 años a partir del otorgamiento de la misma (salvo que la falta de explotación pueda justificarse por razones técnicas o económicas). Una invención patentable puede además ser objeto de licencia obligatoria por razones de interés público cuando la producción, el suministro o distribución de productos básicos pueda verse impedida, entorpecida o encarecida.²³ Por otra parte, la Ley de la Propiedad Industrial se queda corta en la protección de patentes para una gama de invenciones que son generalmente protegidas en países industrializados. Por ejemplo, la ley no concede protección a través de patente a programas de cómputo, ni a un sinnúmero de sustancias biológicas utilizadas en la reproducción de plantas y animales, ni a métodos quirúrgicos, terapéuticos ni de diagnóstico.²⁴

La Ley de la Propiedad Industrial introduce en México la protección de los modelos de utilidad, la cual puede ser obtenida cuando (debido a modificaciones en su disposición, configuración, estructura o forma) se encuentren o nuevas funciones de las partes que la inte-

²¹ *Ibid.*, artículo 54.

²² *Ibid.*, artículo 200.

²³ *Ibid.*, artículos 70 a 77. Debe hacerse notar que estas disposiciones derivan del Convenio de París (artículo 5), del que México es parte.

²⁴ Mariano SONÍ Jr. y Gretchen A. PEMBERTON, "Salinas Administration Takes a Step Forward". *L. A. Daily J.*, agosto 22 de 1991 en 7. Como a continuación se señala, los programas de cómputo tienen protección otra vez de los derechos de autor de conformidad con reformas contemporáneas hechas a la Ley Federal de Derechos, *supra* nota 4, *infra*, texto correspondiente a notas 58 y 59.

gran o ventajas en su utilidad.²⁵ Este concepto que es reconocido en un sinnúmero de países industrializados está especialmente diseñado para motivar la innovación industrial entre pequeñas compañías e individuos que no cuentan con recursos para investigación y desarrollo que son generalmente fundamentales para el desarrollo de invenciones patentables.²⁶ Los parámetros exigibles para el registro de modelos de utilidad son menos estrictos que los aplicables a las patentes. La determinación de la novedad de un modelo de utilidad queda restringida a México y no al mundo entero.²⁷ El plazo de protección otorgado a los modelos de utilidad es de 10 años a partir de la fecha de solicitud. Finalmente, la Ley de la Propiedad Industrial otorga protección a los diseños industriales. Los diseños industriales que pueden ser protegidos incluyen dibujos industriales (combinaciones de figuras, líneas o colores que son incorporados en un producto industrial) y formas distintivas de presentación de productos (mencionados en la Ley de la Propiedad Industrial como modelos industriales tridimensionales).²⁸ La amplitud de la protección concedida a los diseños industriales bajo la Ley de la Propiedad Industrial es no sólo cuantitativamente incrementada en virtud de que se amplió el plazo de protección de 7 a 15 años,²⁹ sino además cualitativamente ampliada mediante la disposición que rechaza tal protección para diseños industriales que sean semejantes y no sólo idénticos a los diseños industriales previamente "registrados" en México.³⁰

B. Secretos industriales y comerciales

Con anterioridad a la Ley de la Propiedad Industrial, prácticamente no había protección en México para los secretos industriales o comerciales.³¹ La Ley de la Propiedad Industrial crea protección para los

²⁵ Ley de Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 28.

²⁶ R. VILLARREAL, La Nueva Ley Mexicana de Propiedad Industrial 15-16 (presentado en el *México Business Seminar*, Dallas, Texas, octubre 10, 1991).

²⁷ Ley de Propiedad Industrial, *supra* nota 1 artículo 12. En tanto que los requisitos para la novedad de los modelos de utilidad tienen el laudable efecto de motivar a los pequeños inventores mexicanos también pueden producir el efecto de permitir la usurpación de derechos sobre modelos de utilidad desarrollados en otros países.

²⁸ *Ibid.*, artículo 32.

²⁹ *Ibid.*, artículo 36.

³⁰ *Ibid.*, artículo 31.

³¹ Aun cuando la revelación no autorizada de secretos obtenidos a través de una

secretos que tengan aplicación industrial en relación con: 1) la naturaleza, características o finalidades de los productos; 2) los procesos y métodos de producción de los productos; y 3) los métodos de comercialización y distribución de productos o de prestación de servicios.³² A efecto de poder lograr la protección bajo la Ley de la Propiedad Industrial, un secreto debe: 1) ser identificado como tal (ya sea expresamente bajo un contrato o en alguna otra forma); 2) proporcionar una ventaja competitiva o económica respecto de terceros en el mercado; 3) ser protegido por el propietario de la misma a través de métodos o sistemas adecuados; 4) contenerse en documentos, medios magnéticos o electrónicos, discos ópticos, microfilms o medios similares.³³ Por supuesto, un secreto industrial o comercial no debe pertenecer al dominio público. Un secreto no caerá en el dominio público sin embargo, por el simple hecho de que sea dado a conocer con motivo de situaciones tendientes a la obtención de licencias, permisos, autorizaciones, registros u otros actos gubernamentales.³⁴ Esta última disposición es particularmente importante en virtud de la preocupación de la confidencialidad de información que es dada a conocer a las autoridades gubernamentales, con motivo de disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial que requieren el registro de contratos de licencia y franquicia con tales autoridades.³⁵

El otorgamiento de protección legal a los secretos comerciales e industriales es definitivamente uno de los aspectos más importantes de la Ley de la Propiedad Industrial debido a que una parte importante de la propiedad industrial de un sinnúmero de negocios puede ser considerada como secreto comercial. Sin embargo, este capítulo de la Ley de la Propiedad Industrial genera incertidumbre. Es impreciso con respecto a lo que constituye un secreto comercial e industrial que puede ser protegido, así como en cuanto a lo que debe entenderse por "aplicación industrial" y a la determinación de si todos los secretos relacionados con la prestación de servicios quedan protegidos o

relación de empleo o de otra naturaleza con efectos dañinos, podría dar motivo a la iniciación de una acción penal, la falta de severidad en la sanción jamás ha sido de mayor preocupación para los infractores. Ver Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, D. O., agosto 14 de 1931, artículos 210 y 211.

³² Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 82.

³³ *Ibid.*, artículos 82, 83 y 85.

³⁴ *Ibid.*, artículo 82.

³⁵ Ver *infra* texto correspondiente a nota 73.

únicamente los relativos a la comercialización y distribución de servicios. Adicionalmente, en virtud del carácter subjetivo de varios de los elementos que deben probarse para iniciar una acción (por ejemplo, tener que probar que el secreto proporciona ventajas económicas o competitivas respecto de terceros), así como la ausencia de acciones precautorias en caso de revelación o uso de secretos no autorizados, hace que se pueda considerar preocupante el que pueda llegarse a una protección efectiva.³⁶

C. Identificaciones comerciales

1. Marcas

La Ley de la Propiedad Industrial contiene un número importante de mejoras en el tratamiento de las marcas (incluyendo las marcas de servicio). Aun cuando estas mejoras no pueden considerarse significativas, cuando son analizadas en lo general puede concluirse que en principio el nuevo marco legal es comparable al del mundo industrializado. Tanto las marcas usadas para identificar productos o servicios, formas tridimensionales,³⁷ como las marcas colectivas³⁸ usadas por una asociación de productores, comerciantes o proveedores de bienes o servicios, pueden ser registradas. Adicionalmente, la Ley de la Propiedad Industrial permite que se lleven a cabo modificaciones de las marcas registradas utilizadas en el comercio en la medida en que no se modifiquen sus aspectos fundamentales. La Ley establece además mayor flexibilidad al permitir el registro de marcas que puedan tener algunos elementos de descriptividad.³⁹

El procedimiento para registrar una marca bajo la Ley de la Propiedad Industrial es bastante sencillo. En la solicitud sólo debe indicarse el nombre del solicitante, la marca a registrar, la fecha de primer uso de la marca (si es que ha sido utilizada), y las clases de productos o servicios a ser amparados por la marca.⁴⁰ Tomado en consideración que México es parte del Convenio de París, si la solicitud de registro es presentada en México dentro de los 6 meses siguientes a

³⁶ Ver *infra* texto correspondiente a notas 109 a 112.

³⁷ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 89.

³⁸ *Ibid.*, artículo 96.

³⁹ Villarreal, *supra* nota 26 en 27-28.

⁴⁰ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1 artículo 113.

la fecha de solicitud en cualquier país que sea parte de dicho Tratado, la fecha de presentación en dicho país será considerada como la fecha de prioridad en México.⁴¹ La Ley de Propiedad Industrial establece que un poder⁴² otorgado de conformidad con la legislación del país del solicitante o con los tratados internacionales, es suficiente.⁴³ Sin embargo, es recomendable que tratándose de empresas, el solicitante se apegue a la práctica tradicional de otorgar el poder a través de una escritura pública o documentación equivalente que haga referencia a la existencia de la compañía solicitante y a las facultades del funcionario representante de ésta que otorgue dicho poder de conformidad con la documentación correspondiente. Aun cuando una solicitud de registro puede ser presentada a la Secretaría con objeto de asegurar la fecha legal para lograr por ejemplo una prioridad, la presentación del poder debidamente otorgado, algunas muestras de la marca y el pago de los derechos gubernamentales es necesario para integrar debidamente el paquete de documentos que se necesitan para solicitar el registro de una marca.

La Ley de la Propiedad Industrial amplió el plazo de vigencia de las marcas de 5 a 10 años.⁴⁴ Adicionalmente debe considerarse que ahora el plazo de vigencia de las marcas se cuenta para todos los efectos desde la fecha de presentación de la solicitud. Esta precisión debe ayudar a eliminar algunas dudas en la determinación de la fecha a partir de la cual debe computarse el plazo de vigencia de un registro.

El cómputo de plazo y el procedimiento para renovar una marca registrada y demostrar su uso ha sido simplificado. Bajo la Ley de la Propiedad Industrial, la renovación de una marca puede ser presentada dentro de un periodo de 6 meses previo o subsecuente a la fecha de expiración de plazo del registro.⁴⁵ Para demostrar el uso de una marca bastará con la presentación de una mera declaración estableciendo que la marca ha sido usada y que no ha sido interrumpido por un periodo de 3 años.⁴⁶ Hacer coincidir la fecha de renovación con la

⁴¹ *Ibid.*, artículo 117.

⁴² Un poder adecuadamente preparado debe autorizar al abogado para llevar a cabo prácticamente todas las acciones necesarias en relación con la representación del solicitante de la marca incluyendo aspectos litigiosos y para presentar cualesquiera documentos relacionados con las licencias de marcas otorgadas.

⁴³ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 181.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 110.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 133.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 134.

fecha en que el uso debe ser probado, contrasta en forma importante con la confusión generada bajo el esquema anterior en el que el uso debía ser probado primeramente dentro de los 3 años siguientes a la fecha de registro y posteriormente al solicitar la renovación de una marca dentro de los 5 años siguientes a la "fecha legal".⁴⁷ Adicionalmente, el hecho de que expresamente se requiera la presentación de una declaración en lugar de etiquetas, facturas de ventas u otras pruebas que con anterioridad se acostumbraba presentar, ha simplificado el procedimiento haciendo solamente necesario un análisis de fondo en el caso de que tal declaración sea impugnada por un tercero en lugar de tener que hacerlo en cada caso.⁴⁸ En virtud de la posibilidad de que tales declaraciones puedan ser impugnadas, los titulares de marcas deben estar conscientes de que tendrán que mantener pruebas de uso de las marcas para el caso eventual de que las mismas sean impugnadas por falta de uso. Finalmente, la Ley de la Propiedad Industrial contiene diversas disposiciones tendientes a combatir la piratería de marcas extranjeras en México. Si una marca es usada y registrada en un país extranjero (que tenga reciprocidad con México) con anterioridad a la presentación en México de una solicitud por parte de una persona distinta al titular de la misma en el extranjero, las autoridades mexicanas quedan autorizadas bajo la Ley de la Propiedad Industrial para rechazar dicha solicitud.⁴⁹ Adicionalmente, en el caso de que una marca sea registrada en México, el titular extranjero de la misma puede solicitar la nulidad de dicho registro dentro del año siguiente a la publicación de dicho registro. También, en el caso de que un registro haya sido otorgado en forma inadecuada con motivo de información falsa contenida en la solicitud o si la marca es idéntica o confusamente similar a la marca registrada o no registrada pero usada para similares o los mismos productos o servicios, la nulidad puede ser pedida dentro de un plazo de 5 años siguientes a la publicación del registro. Se puede además solicitar la nulidad de una marca erróneamente otorgada por suponer que satisface los requisitos

⁴⁷ Villarreal, *supra* nota 26, en 23.

⁴⁸ *Ibid.*, en 22-23. Aun cuando esta modificación implica una simplificación fundamental en cuanto a la verificación del uso de marca, eventualmente resultará en un incremento de litigios en el caso de solicitantes de marcas a los que habiéndoseles citado algunas registradas con anterioridad, tratarán de impugnarlas por falta de uso real de las mismas.

⁴⁹ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 151.

de registro o cuando fue indebidamente registrada por el agente, representante, usuario o distribuidor del titular extranjero de la marca en cualquier tiempo.⁵⁰

2. Avisos comerciales

Los avisos comerciales quedan definidos en la Ley de la Propiedad Industrial como frases u oraciones que tienen por objeto anunciar al público negocios industriales o de servicio o productos de servicios,⁵¹ y se puede lograr protección en México únicamente a través de su registro con la Secretaría. La protección correspondiente a los avisos comerciales bajo la Ley de la Propiedad Industrial queda de manifiesto por el cambio, de una protección anterior de 10 años no renovables, a una protección indefinidamente renovable por periodos sucesivos de 10 años.⁵² Salvo disposición expresa en contrario, las disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial aplicables a marcas son también aplicables a los avisos comerciales. Sin embargo, la Ley de la Propiedad Industrial no establece sanciones específicas por violaciones a derechos en materia de avisos comerciales.

3. Nombres comerciales

El derecho exclusivo a usar un nombre comercial que identifica al establecimiento de una compañía, industria, comercio o servicio, está contemplado en la Ley de la Propiedad Industrial, sin necesidad de publicación o registro del mismo. Esta protección abarca únicamente el área de clientela efectiva de dicha compañía o establecimiento, sin embargo, puede solicitarse que abarque todo el territorio en caso de "difusión masiva y constante (del nombre comercial) a nivel nacional".⁵³ El usuario de un nombre comercial puede además solicitar la publicación del nombre comercial en la Gaceta de la Secretaría válida por un periodo de 10 años renovables, contados a partir de la fecha de solicitud, lo que establece la presunción de buena fe en la adopción y el uso por parte del solicitante del nombre comercial en el área

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, artículo 100.

⁵² *Ibid.*, artículo 103.

⁵³ *Ibid.*, artículo 105.

correspondiente.⁵⁴ La solicitud de publicación de un nombre comercial debe ir acompañada de la prueba de uso del mismo. Los nombres comerciales son de manera general regulados por la Ley de la Propiedad Industrial en todos sus aspectos, por las disposiciones de la misma en materia de marcas.

4. Denominaciones de origen

Una denominación de origen es el nombre geográfico de una zona que se utiliza para designar un producto originario de la misma, en el caso de que las cualidades o características de dicho producto se basen exclusivamente en las características de la zona geográfica (lo cual puede ser debido a factores naturales o humanos). La declaración de protección de una denominación de origen puede ser hecha de oficio por la Secretaría o a solicitud de parte que tenga interés jurídico en la misma. En el caso de que la declaración de la denominación de origen sea solicitada, la Secretaría publicará un resumen sobre la denominación de origen en el Diario Oficial de la Federación y autorizará que sean formulados comentarios por cualquier interesado en un plazo de 2 meses. La Secretaría posteriormente determinará si procede declarar la protección de la denominación de origen. Si la Secretaría decide emitir tal declaración, el Gobierno Federal Mexicano será el titular de la denominación de origen. La duración de la declaración tendrá una vigencia indefinida hasta en tanto subsistan las condiciones tomadas en cuenta para la expedición de la declaración de protección de dicha denominación de origen.⁵⁵

La Secretaría otorgará autorización para el uso de las denominaciones de origen a cualquiera que: 1) esté directamente involucrado en la extracción, producción o preparación de los productos protegidos por la denominación de origen; 2) lleve a cabo actividades dentro de la zona geográfica establecida en la declaración; y 3) cumpla con las normas establecidas por la Secretaría con respecto a los productos correspondientes. La autorización tiene una duración de 10 años renovables. Adicionalmente un usuario autorizado puede autorizar a distribuidores o revendedores de sus productos que usen la denominación

⁵⁴ *Ibid.*, artículos 106 y 100.

⁵⁵ *Ibid.*, artículos 156 a 168.

de origen, únicamente si el contrato correspondiente con el distribuidor o revendedor es aprobado y registrado en la Secretaría.⁵⁶

D. Reformas en materia de derechos de autor

Casi simultáneamente con la expedición de la Ley de la Propiedad Industrial, el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos aprobó reformas importantes a la Ley de Derechos de Autor.⁵⁷ La más importante de dichas reformas es la que se refiere al otorgamiento del carácter de derechos de autor a los programas de cómputo por un plazo de por lo menos 50 años. Independientemente de que el programa de cómputo sea o no registrado en la Dirección General de Derechos de Autor⁵⁸ el dueño de un programa de cómputo está autorizado a identificarse como el titular legítimo del derecho de autor y a tomar acciones en contra de cualquiera que lleve a cabo cambios en el programa de cómputo o de manera total o parcial reproduzca los mismos. Adicionalmente, los fonogramas que no estaban expresamente protegidos con anterioridad bajo la Ley de Derechos de Autor, cuentan ahora con una protección específica por un plazo de por lo menos 50 años. Como consecuencia, los productores de fonogramas tendrán un mayor control de carácter legal, con respecto a la reproducción y distribución de sus propios fonogramas. La Ley de Derechos de Autor contempla la posibilidad de llevar a cabo un juicio civil en caso de usurpación de derechos de autor. Tal juicio puede iniciarse en los tribunales federales o en el caso de que no se afecte el interés público, ni se presenten denuncias de carácter penal. La Ley de Derechos de Autor contiene disposiciones relativas a acciones precautorias y a la cuantificación de daños. La cantidad mínima a que tiene derecho el perjudicado por la violación de sus derechos de autor, equivale al 40% de los ingresos derivados de la venta de los productos con los que se lleva a cabo la violación.⁵⁹

Desafortunadamente, aun cuando el Congreso incrementó las sanciones de carácter penal en caso de violación de derechos de autor, las

⁵⁶ *Ibid.*, artículos 169 a 178.

⁵⁷ Ver decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, D.O., julio 17 de 1991, *supra* nota 4.

⁵⁸ Se recomienda en general que los programas de cómputo sean registrados en la Dirección General de Derechos de Autor a efecto de poder comprobar fácilmente que el programa de cómputo califica como derecho de autor.

⁵⁹ Ley de Derechos de Autor, *supra* nota 4, artículos 145, 146 y 156.

mismas no son aún lo suficientemente grandes para desmotivar la usurpación de tales derechos. La presentación de una denuncia de carácter penal requiere de la comprobación de que el infractor actuó con la intención de obtener un beneficio o aprovechamiento en el desempeño de sus actividades ilegales.⁶⁰ Aun cuando el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor define lo que debe entenderse por "lucro", estableciendo que se da "cuando quien utiliza una obra pretende obtener un aprovechamiento directa o indirectamente de la utilización"⁶¹ las disposiciones que establecen las sanciones de carácter penal no definen lo que constituye "intención de lucro". Esta omisión en la Ley de Derechos de Autor puede llegar a constituir un obstáculo para la conclusión satisfactoria de las acciones penales intentadas por violación de derechos de autor, particularmente por lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prohíbe la imposición de penas en aquellos casos en que las disposiciones legales no sean exactamente aplicables al caso.⁶²

II. LICENCIA Y FRANQUICIAS

A. Análisis retrospectivo de las disposiciones legales en materia de transferencia de tecnología

Como se ha hecho notar anteriormente, la Ley de la Propiedad Industrial abrogó la Ley de Transferencia de Tecnología de 1982⁶³ y el Reglamento de Transferencia de Tecnología de 1990. La Ley de Transferencia de Tecnología de 1982 construida sobre la base de políticas restrictivas establecidas desde la Ley de Transferencia de Tecnología de 1972,⁶⁴ limitó en forma importante la transferencia de diversos tipos

⁶⁰ Ley de Derechos de Autor, *supra* nota 4, artículo 137.

⁶¹ Ley de Derechos de Autor, *supra* nota 4, artículo 75.

⁶² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, D.O., febrero 5 de 1917, artículo 14.

⁶³ Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, D.O., enero 11 de 1982 [en lo sucesivo la Ley de Transferencia de Tecnología de 1982]. Un análisis amplio de la Ley de Transferencia de Tecnología de 1982 aparece en A. HYDE & G. RAMÍREZ DE LA CORTE, "Regulation of the Transfer of Technology to Mexico", in 1 *Doing Business in Mexico* ch. 30 (1983).

⁶⁴ Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, D. O. (diciembre 30 de 1972) (con modifi-

de tecnología (y de propiedad industrial) incluyendo licencias de patente, licencia de modelos y dibujos industriales, licencia de marcas y nombres comerciales, transferencia de conocimientos técnicos, asistencia técnica, programas de cómputo y cierto tipo de licencias sobre derechos de autor así como de servicios de operación, administración, consultoría y supervisión en general. Las disposiciones legales en materia de transferencia de tecnología durante las décadas de 1970 y 1980, al igual que la falta de protección en materia de propiedad industrial bajo la Ley de Invenciones y Marcas, se apoyaron filosóficamente en el principio de que los derechos, las ideas y conceptos pueden producir enriquecimientos injustificados ya que dicha tecnología pertenece a la humanidad.⁶⁵ En un terreno mucho más práctico, sin embargo, el Gobierno Mexicano pretendió regular la transferencia de tecnología en México para: 1) apoyar el desarrollo de tecnologías internas y de mercados de exportación; 2) reducir el flujo de divisas gastado en la importación de tecnología; y 3) reforzar la posición negociadora de los receptores de tecnología que se pensaba se veían en la necesidad de pagar regalías exorbitantes.⁶⁶ Para lograr estos objetivos la Ley de Transferencia de Tecnología exigió el registro de los contratos de transferencia de tecnología y estableció una serie de causales de negación de registro de dichos contratos. Como consecuencia, no todos los productores de tecnología decidieron dar a conocer sus tecnologías en México. Los que lo hicieron, frecuentemente tuvieron que renegociar los términos de sus contratos privados con el propio Gobierno mexicano.

El Reglamento de Transferencia de Tecnología publicado en 1990 hizo mucho más flexibles los procedimientos de transferencia de tecnología hacia México y como consecuencia casi inmediatamente se experimentó un número creciente de solicitudes de inscripción de con-

caciones subsecuentes) [en la sucesivo la Ley de Transferencia de Tecnología de 1972].

⁶⁵ Mark O'BRIEN & Carlos MÜGGENBURG, "Salinastroika: Recent Developments in Technology Transfer Law in Mexico", 22 *St. Mary's L. J.* 753, 758 a 59 (1991) (citando a EINSTEIN, "Promising Developments in Technology Transfer and Intellectual Property Protections in Mexico, 6 *Newsl. of the Int'l L. Sec. (State Bar of Texas)*, abril de 1990, en 10).

⁶⁶ HYDE, *supra* nota 64-30.02 en 30 a 34; ver además Enrique A. GONZÁLEZ y Joyce G. MAZERO, "Franchising in Mexico: Breaking with Tradition", 7 *Franchise L. J., Summer 1987*, en 3 (sugiriendo asimismo que la reglamentación de la transferencia de tecnología incrementaría tanto la cantidad como la calidad de la tecnología recibida en México).

tratos.⁶⁷ Sin embargo, la Ley de Transferencia de Tecnología se mantuvo en vigor, lo que provocó que los inversionistas y proveedores de tecnología siguieran estando preocupados. Con el tiempo se demostró que el Reglamento de Transferencia de Tecnología fue solamente una medida temporal, parte de un esfuerzo continuo cuyo verdadero objetivo era un auténtico cambio en el tratamiento de la transferencia de tecnología en México. La Ley de la Propiedad Industrial refleja la pretensión del Gobierno mexicano de mejorar la posición competitiva mundial del país a través de la eliminación de obstáculos para lograr un libre flujo de tecnología.⁶⁸

B. Licencia de patentes y marcas

La Ley de la Propiedad Industrial en forma absoluta mejora el tratamiento legal de la transferencia de tecnología en México, aun cuando no elimina todos los impedimentos legales y reduce los obstáculos a niveles mínimos. En primer lugar, el marco normativo de la Ley de la Propiedad Industrial queda limitado a solicitar el registro de las licencias y cesiones de patentes y marcas únicamente, y ya no abarca cualquier otro tipo de contratos de transferencia de tecnología que habían sido previamente regulados. Además, mientras que el incumplimiento de la obligación de inscribir los contratos de transferencia de tecnología bajo la Ley de Transferencia de Tecnología resultaba en la imposición de multas así como en el carácter "nulo" de tales contratos,⁶⁹ la única sanción por falta de inscripción de los contratos de licencia o cesión de patentes y marcas en la Secretaría, es que no producen efectos legales en contra de terceros.⁷⁰

La solicitud de registro de una licencia debe ser presentada a la Secretaría de acuerdo con las disposiciones legales de la Ley de la Propiedad Industrial.⁷¹ Como anteriormente se indicó, las disposiciones

⁶⁷ Durante un periodo de 12 meses siguientes a la publicación del Reglamento de Transferencia de Tecnología el número de contratos de franquicia presentados a registro fue duplicado en comparación con el número de solicitudes presentadas con anterioridad. Roberto G. VILLARREAL, "Discurso ante la U.S. - Mexico Chamber of Commerce (Southwest Chapter)", *Third Annual Trade and Investment Conference* (febrero 5 de 1991, en Dallas, Texas).

⁶⁸ VILLARREAL, *supra* nota 26 en 33 a 36.

⁶⁹ Ley de Transferencia de Tecnología de 1982, *supra* nota 64 artículos 11 y 19.

⁷⁰ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículos 62, 63, 136 y 143.

⁷¹ *Ibid.*, artículos 64 y 137.

transitorias de la Ley de la Propiedad Industrial establecen que hasta en tanto se expide nuevo reglamento, el Reglamento de la Ley de Inventiones y Marcas continuará aplicándose. En virtud de que la Ley de Inventiones y Marcas y no el Reglamento, hacía referencia a la licencia de derechos de propiedad industrial, no existe criterio reglamentario alguno que indique la forma en que las solicitudes de inscripción de licencias deben ser presentadas ante la Secretaría. Tampoco es claro si es necesario presentar copia de los contratos de licencia o si simplemente basta con presentar una solicitud con la información fundamental relacionada con el contrato de licencia. Tomando en consideración las políticas económicas reflejadas en la Ley de la Propiedad Industrial, es posible pensar que el reglamento permita la presentación de una sola solicitud a efecto de evitar tener que dar a conocer públicamente aspectos confidenciales de los contratos de licencia.⁷²

En contraste con el gran número de causas de negativa de inscripción de los contratos de transferencia de tecnología previstas bajo la Ley de Transferencia de Tecnología, la Ley de la Propiedad Industrial establece que un contrato de licencia quedará inscrito en sus términos salvo que expresamente se excluya la aplicación de la Ley de la Propiedad Industrial.⁷³ Además, el registro de una licencia de patente puede ser negado si la patente ha caducado o si la duración del contrato es mayor que la de la propia patente.⁷⁴ La Ley de la Propiedad Industrial establece asimismo que el registro de licencias de marca (al igual que como más adelante se indica, de contratos de franquicia) puede ser negado por "razones de interés público".⁷⁵ Evidentemente la discrecionalidad de esta disposición reviste una importancia mayor para las partes involucradas, particularmente en el caso de que pudieren emitirse resoluciones de carácter burocrático apoyadas en

⁷² La Ley de la Propiedad Industrial permite el acceso público de los documentos presentados con la Secretaría al ser otorgado el registro o cuando un contrato de licencia o franquicia es registrado, *ibid.*, artículo 185.

⁷³ *Ibid.*, artículos 66 y 150. En el caso de que se prevea la aplicación de alguna legislación aplicable en particular en los contratos de licencia, debe por lo menos establecerse que con respecto a los derechos de propiedad industrial seguía siendo vigente la Ley de la Propiedad Industrial. La Ley de la Propiedad Industrial no impide que las partes convengan en someter cualquier controversia al arbitraje internacional.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo 66.

⁷⁵ *Ibid.*, artículo 150.

consideraciones de orden político. Esta preocupación queda de alguna manera mitigada por el requerimiento de que la Secretaría motive y funde las razones de rechazo, a una solicitud de inscripción de una licencia de marca.⁷⁶ Sin embargo, este requisito de alguna manera parece constituir un obstáculo en una ley que pretende favorecer el flujo libre de tecnología y pudiera presumiblemente reflejar la conveniencia política de reflejar en la ley principios jurídicos técnicamente innecesarios. En cualquier caso, el registro de las licencias debe ser entendido como una mera formalidad más que como un análisis de fondo. Esperando que esta disposición no llegue a constituir jamás una base legal para la interferencia de carácter restrictivo en la transferencia de tecnología, la eliminación de las disposiciones en materia de registro establecidas en la Ley de Transferencia de Tecnología, devuelven ahora a las partes en un contrato de licencia, la libertad contractual, al prácticamente eliminar la intervención gubernamental.

Las disposiciones restantes relacionadas con licencias en materia de propiedad industrial son muy reducidas y reflejan una política de desregulación. La explotación de una patente por un licenciatario y el uso de la marca por un licenciatario constituyen uso de la patente y de la marca por el titular según el caso, en la medida en que la licencia respectiva quede registrada.⁷⁷ Además, si la licencia de marca o patente queda registrada en la Secretaría, la Ley de Propiedad Industrial autoriza al licenciatario salvo pacto en contrario, a tomar las acciones legales necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial como si él fuera el propio dueño.⁷⁸ La Ley de la Propiedad Industrial requiere que los licenciatarios de marca elaboren los productos o presten los servicios bajo las mismas normas de calidad producidos o prestados por el titular de la marca.⁷⁹ Finalmente, el registro de una licencia puede en general quedar cancelado únicamente mediante resolución judicial o por acuerdo mutuo de licenciante y licenciatario. Tomando en consideración que un licenciatario cuyo contrato ha sido terminado anticipadamente, puede no tener deseo de prestar su cooperación para cancelar el registro de la licencia, el licenciante deberá considerar la forma de obtener consentimiento por anticipado de parte del licenciatario para asegurar una cancelación inmediata del registro

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, artículos 69 y 141.

⁷⁸ *Ibid.*, artículos 68 y 140.

⁷⁹ *Ibid.*, artículo 139.

de la licencia. Evidentemente que una licencia de patente termina en caso de nulidad o caducidad de la patente respectiva y una licencia de marca terminará igualmente en el caso de cancelación de un registro de marca, si es que ésta se vuelve una denominación genérica para los productos y servicios correspondientes por ejemplo.⁸⁰

C. Importaciones paralelas

El gran crecimiento del volumen del comercio entre México y el resto del mundo hace necesario un análisis del tratamiento que debe darse al problema de las importaciones paralelas bajo la Ley de la Propiedad Industrial. El problema de las importaciones paralelas se origina fundamentalmente cuando el dueño de cierto tipo de derechos de propiedad industrial (por ejemplo de una patente o marca) en un país, otorga una licencia en otro país para el uso de tales derechos y los productos respectivos son subsecuentemente transportados de uno de dichos países al otro, por ejemplo. La Ley de la Propiedad Industrial otorga protección a cualquier persona que comercie, distribuya, adquiera o use tales productos, siempre y cuando tales productos hayan sido "introducidos lícitamente en el comercio".⁸¹ En tal caso, las personas mencionadas quedan protegidas de acción legal que pueda ser tomada en contra de ellos bajo la Ley de la Propiedad Industrial con motivo de la importación y distribución de ciertos productos en la medida en que tales productos hayan sido "introducidos lícitamente en el comercio". En tanto que la interpretación adecuada de esta frase queda abierta a discusión, los autores consideran que lo que la Ley de la Propiedad Industrial establece es que el titular o el licenciatario de los derechos en México sólo tienen bases legales para intentar acción en contra de quien introduzca en el mercado mexicano los productos patentados en México o con las marcas registradas en México que no se hubieren originado por el titular o el licenciatario del derecho de propiedad industrial respectivo. En consecuencia, ni el titular del derecho ni el licenciatario de los derechos en México podrían (salvo disposición en contrario en el contrato de licencia respectivo), tomar acción uno en contra del otro en su caso, con motivo de la venta de los productos en México provenientes originalmente del titular

⁸⁰ *Ibid.*, artículos 65, 138 y 153.

⁸¹ *Ibid.*, artículos 22 y 92.

o del licenciatario, en el supuesto de ventas indirectas de los propios productos (legítimos), por un tercero, ni por supuesto en contra de dicho tercero. El titular de los derechos o licenciatario mexicano, sin embargo, deberá estar en posibilidad de tomar acción bajo la Ley de la Propiedad Industrial a efecto de impedir la importación y comercialización de productos fabricados por un tercero no autorizado por el titular o por el licenciatario en caso de estar este último facultado para otorgar tal autorización.

D. Franquicias

La venta de una franquicia en México ha sido históricamente considerada como transferencia de tecnología y fue en consecuencia materia de la Ley de Transferencia de Tecnología. El concepto de franquicia fue por primera vez expresamente reconocido como un método de negocios bajo la legislación mexicana en el Reglamento de Transferencia de Tecnología, el cual introdujo una serie de disposiciones destinadas a fomentar el desarrollo de franquicias en México. La Ley de la Propiedad Industrial define a la franquicia en forma similar a como fue definida en el Reglamento de Transferencia de Tecnología:

Existirá franquicia cuando, con la licencia de una marca, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le conceda pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme con los métodos operativos, comerciales y administrativos, establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.⁸²

De conformidad con la Ley de la Propiedad Industrial, las franquicias deben ser registradas en la Secretaría de conformidad con las disposiciones y con los mismos efectos aplicables al caso de licencias de marca.⁸³ Desafortunadamente, la ambigüedad de la Ley de la Propiedad Industrial en relación con la mecánica a ser seguida para el registro de contratos de licencia de marca, se ve acrecentada en el caso de los contratos de franquicia. Independientemente de que sea o no necesario presentar copia del contrato de franquicia para regis-

⁸² *Ibid.*, artículo 142.

⁸³ *Ibid.*

tro, tampoco es claro si debe someterse únicamente una copia del contrato cuando éste contenga una licencia de marca o simplemente una promoción con la información general.

En tanto que las disposiciones transitorias de la Ley de la Propiedad Industrial no se refieren al tratamiento de los contratos de licencia o franquicia que fueron inscritos o solicitada su inscripción bajo la Ley de Transferencia de Tecnología (sea de conformidad con el artículo 53 del Reglamento de Transferencia de Tecnología o en cualquier otra forma), los autores consideran que cualesquiera de tales contratos, cuando lo fueren, deben considerarse registrados para efectos de la Ley de la Propiedad Industrial siempre y cuando el licenciataria de la marca receptor de la franquicia haya quedado registrado como usuario de la(s) marca(s) correspondiente(s). Con respecto a los contratos de franquicia "modelo" presentados para registro de conformidad con el artículo 54 del Reglamento de Transferencia de Tecnología, será necesario sin embargo registrar cualquier contrato subsecuente de franquicia en los términos de la Ley de Propiedad Industrial.⁸⁴

De gran preocupación para aquellos que se dedican a los aspectos legales de las franquicias, es la necesidad de que sea reglamentada la Ley de la Propiedad Industrial por cuanto a la información que debe ser dada a conocer a los franquiciatarios juntamente con la franquicia. La legislación requiere que el otorgamiento de la franquicia proporcione información preliminar acerca del "estado que guarda su empresa", a cualquier receptor de franquicia potencial, de conformidad con los términos del Reglamento a la Ley de la Propiedad Industrial.⁸⁵ Aunque ha habido algunas indicaciones no oficiales de que la información que debe darse a conocer será mínima, este aspecto no quedará resuelto hasta que el Reglamento sea publicado. Mientras tanto, los otorgantes de franquicias en México no cuentan con un marco legal que les permita saber qué es lo que deben dar a conocer, si es que algo deben dar a conocer.⁸⁶

⁸⁴ Para el análisis del tratamiento de las franquicias bajo la Ley de Transferencia de Tecnología y el Reglamento de Transferencia de Tecnología, ver MCKNIGHT & MÜGGENBURG, *supra* nota 8.

⁸⁵ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 142.

⁸⁶ John B. MCKNIGHT & Carlos MÜGGENBURG, "Mexico Enacts New Intellectual Property Protections and Continues Liberalization of Franchise Laws", 6 *J. of Int'l Franchising & Distrib. L.*, diciembre de 1991, en 15.

Dentro del marco general de desregulación en los campos de licencias y franquicias surgidos con motivo de la abrogación de la Ley de Transferencia de Tecnología y su Reglamento, se debe prestar atención al cambio de un esquema regulatorio hacia uno más convencional apegado al manejo de negocios y análisis de aspectos legales. Esto implica una mayor creatividad por parte del asesor legal en aspectos tales como impuestos, operación, propiedad industrial y solución de conflictos. Adicionalmente, la aplicación de las leyes civiles y mercantiles en estas transacciones, tendrá que ser considerada en forma mucho más cuidadosa.

III. VIOLACIONES A LA LEY Y FORMA DE HACERLA VALER

La Ley de la Propiedad Industrial incluye además de un mejoramiento en la protección de la propiedad industrial, algunas medidas para hacerla valer. Estas medidas incluyen distintos supuestos para llevar a cabo acciones por violación a la ley y disposiciones por las que se pueden practicar inspecciones en el propio lugar de la violación en el caso de que se sospeche que existen bienes utilizados para la comisión del ilícito. Se pretende que los procedimientos administrativos y judiciales sean mejorados con el objeto de proporcionar una protección más efectiva de los derechos de propiedad industrial. El análisis que a continuación se hace de estas medidas se divide en dos categorías contempladas bajo la Ley de la Propiedad Industrial: infracciones administrativas y delitos. El análisis comprende tanto el marco legal general como los procedimientos para la anulación de una patente o la cancelación de una marca. Se analiza finalmente, además, la efectividad de algunas de estas medidas.

A. Infracciones administrativas

La Ley de la Propiedad Industrial específicamente establece un número de acciones administrativas sancionables que pueden intentarse y que incluyen en general: 1) aspectos de competencia desleal; 2) la mayor parte de los aspectos marcarios (aunque debe tomarse en cuenta que el uso indebido de una marca idéntica y no solamente similar trae aparejadas acciones de carácter penal); 3) aspectos relativos a avisos y nombres comerciales; y 4) otras violaciones a la Ley de

la Propiedad Industrial que no constituyen delito.⁸⁷ Por ejemplo, uno de los casos más comunes de hechos que pueden ser clasificados como infracciones administrativas sería el de una acción que se iniciara en contra de un tercero que utiliza una marca similar a una registrada para amparar los mismos o similares productos o servicios. La declaración de infracción administrativa se puede iniciar por la propia autoridad de oficio o a petición de parte interesada mediante la presentación de una solicitud a la Secretaría.⁸⁸ La Secretaría puede entonces llevar a cabo una inspección. En caso de que se localicen bienes que constituyan violaciones a la ley, la Secretaría puede embargar dichos bienes de manera precautoria.⁸⁹ Al supuesto infractor se le da la oportunidad de responder a la petición y la Secretaría expedirá una resolución sobre el asunto con base en las pruebas que se le presenten.⁹⁰ Si la Secretaría determina que hay una infracción administrativa puede: 1) imponer una multa al infractor hasta por el equivalente a 10,000 días de salario mínimo y de 500 días del propio salario por cada día en que persista la infracción; 2) clausura temporal o definitiva del negocio donde se lleva a cabo la infracción; 3) arresto administrativo hasta por 36 horas.⁹¹ Sin embargo, la resolución de la Secretaría puede ser impugnada mediante demanda de amparo en los juzgados de distrito y posteriormente ante los tribunales colegiados de circuito interpuesta la revisión. La aplicación efectiva de tales sanciones puede sin embargo verse retrasada hasta que se obtenga una sentencia definitiva.

B. Delitos

La Ley de la Propiedad Industrial contiene un sinnúmero de delitos que pueden clasificarse en general de la siguiente manera: 1) relativos a patentes, modelos de utilidad y diseños industriales; 2) relativos a secretos comerciales; 3) relativos a denominaciones de origen; y 4) relativos a marcas, los cuales se refieren a violaciones más graves

⁸⁷ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1 artículo 213.

⁸⁸ *Ibid.*, artículo 215.

⁸⁹ *Ibid.*, artículo 211. Aun cuando el supuesto infractor en teoría puede impedir dicho embargo mediante una acción de amparo, es improbable que dicho infractor sea informado con anticipación ni de la posibilidad de que se inicie dicha acción.

⁹⁰ *Ibid.*, artículo 217.

⁹¹ *Ibid.*, artículo 214.

a la ley que las que se sancionan en forma administrativa (como es el caso mencionado del uso no autorizado de una marca registrada).⁹²

Se puede solicitar acción penal ante la Procuraduría General de la República, y se puede solicitar que se lleve a cabo una inspección y embargo de los bienes con los que se comete la violación; sin embargo, es necesario obtener un dictamen técnico de la Secretaría,⁹³ la cual, sin que existan mayores detalles en la Ley de la Propiedad Industrial, supuestamente analiza el aspecto de fondo de la solicitud formulada de acuerdo con la Ley de la Propiedad Industrial. Este dictamen se supone que es necesario a efecto de que el conocimiento técnico de la Secretaría pueda ser utilizado para apoyar a la Procuraduría en la determinación de si se justifica o no la instauración de una acción penal.⁹⁴ Se ha seguido en ocasiones la práctica de solicitar a la Secretaría el dictamen técnico así como de una inspección y embargo de los bienes con los que se comete la violación, con el propósito de hacer más expedito el procedimiento.⁹⁵

Si la Procuraduría decide iniciar la acción penal, la cual supuestamente debe depender del sentido del dictamen técnico, el asunto se somete al poder judicial federal en materia penal. El juzgado conocerá las pruebas presentadas y llevado a cabo el proceso emitirá su resolución al respecto. El resultado puede ser una sentencia de hasta 6 años de prisión y una multa de hasta aproximadamente 10,000 veces el salario mínimo.⁹⁶ La resolución de la autoridad judicial penal federal de primera instancia, es apelable en los tribunales unitarios de circuito también federales. Las acciones anteriores por comisión de infracción administrativa y delitos, son adicionales a cualesquiera acciones

⁹² *Ibid.*, artículo 223.

⁹³ *Ibid.*, artículo 225. Se presume que la opinión técnica debe provenir de la Secretaría, pero debe hacerse notar que la Ley de la Propiedad Industrial contempla la creación del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, *ibid.*, artículo 5. No es claro aún, cómo los distintos aspectos relacionados con los manejos de los derechos de propiedad industrial se dividirán entre la Secretaría y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

⁹⁴ Si el dictamen técnico a ser expedido por la Secretaría, tiene como objetivo el dar a conocer la información contenida en los expedientes de la Secretaría (solicitudes de marca, de patentes), tal requerimiento de la opinión técnica en el caso de acción penal en materia de secretos comerciales no resultaría necesaria.

⁹⁵ J. MIRANDA, "Enforcement of Patents and Trademarks under the 1991 Law on Intellectual and Industrial Property", ponencia en el *Mexico Business Seminar* (octubre 10 de 1991), Dallas, Texas.

⁹⁶ Ley de Propiedad Industrial, *supra*, nota 1, artículo 224.

civiles por daños y perjuicios que puedan ser llevadas a cabo por la parte afectada.⁹⁷ Las acciones civiles sin embargo se pueden llevar a cabo en forma simultánea a la iniciación del procedimiento civil o administrativo, pero tales procedimientos pueden proporcionar al infractor la oportunidad de interponer objeciones de carácter procesal para impedir la continuación de las acciones de carácter civil. En virtud de la lentitud del sistema legal y del hecho de que los daños y perjuicios no son en general cuantiosos, con frecuencia no se intentan las acciones civiles por daños y perjuicios por infracción a la ley desde el principio.

C. Procedimientos de nulidad y cancelación

La parte interesada puede solicitar la declaración de nulidad de una patente (o modelo de utilidad o modelo industrial) mediante una solicitud presentada en la Secretaría. La declaración de nulidad puede basarse en que una patente haya sido inadecuadamente otorgada o en que una solicitud pendiente no deba ser otorgada. Debe iniciarse dentro de los 5 años siguientes a la publicación del otorgamiento de la patente.⁹⁸ En virtud de que en México se otorgan patentes respecto a invenciones sobre la base de primero en tiempo (a diferencia de en los Estados Unidos que es el primero que desarrolla la invención), puede resultar común que se solicite la nulidad de una patente por falta de novedad. Solicitudes de nulidad se presentan con frecuencia como un mecanismo de defensa contra una acción penal iniciada por el titular de una patente. Dicha defensa resulta con frecuencia efectiva en virtud de que procedimiento penal no puede continuar hasta que se determine si procede o no la nulidad de la patente.⁹⁹

Cualquier parte interesada puede pedir la nulidad de una marca (o de un aviso comercial o un nombre comercial) mediante una solicitud a la Secretaría en la que se argumente: 1) uso anterior en México de una marca idéntica o confusamente similar; 2) bajo ciertas circunstancias, por uso anterior y registro en el extranjero; 3) por mala fe de parte del agente, representante, usuario o distribuidor del

⁹⁷ Ver *ibid.*, artículos 221 y 226.

⁹⁸ *Ibid.*, artículo 78.

⁹⁹ Ver MIRANDA, *supra* nota 95, en 11 y 12.

titular de una marca registrada en el extranjero; o 4) otorgamiento improcedente de un registro.¹⁰⁰ La documentación correspondiente comprobatoria del argumento planteado debe acompañarse a la solicitud de nulidad o de cancelación de una marca. El titular de una patente o una marca tiene la oportunidad de responder a las argumentaciones mencionadas y la Secretaría expide finalmente una resolución sobre el asunto. Dicha resolución puede ser impugnada en los juzgados de distrito federales en vía de amparo y revisada por los tribunales colegiados de circuitos federales.

D. Consideraciones sobre la efectividad de las acciones para el cumplimiento de la Ley

Las medidas para el cumplimiento de la Ley muestran una tendencia hacia un mejoramiento en la protección de los derechos de propiedad industrial en México. La preocupación, sin embargo, entre los inversionistas extranjeros y los titulares de tecnología es, no obstante, si estas medidas serán suficiente y efectivamente implementadas. No hay sólo preocupación sobre si las sanciones administrativas y penales mencionadas serán manejadas de manera expedita por los tribunales, sino también si suficientes recursos económicos serán asignados para apoyar los esfuerzos de la Secretaría (y eventualmente del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial) y de la Procuraduría General¹⁰¹ para llevar a cabo la persecución de las infracciones.¹⁰² En última instancia, el éxito de México en atraer la inversión extranjera y la tecnología será determinado en gran medida para la resolución satisfactoria de estos asuntos. Como se indicó anteriormente, el TLC contempla ya varias disposiciones tendientes a hacer efectivo y proporcionar un mayor apoyo para la protección de la propiedad industrial en México en el futuro.

¹⁰⁰ Ley de la Propiedad Industrial, *supra* nota 1, artículo 151.

¹⁰¹ Ver Susan KOSTAL, "Lawyers Scout New Frontier in Mexico", *L. A. Daily J.*, octubre 4 de 1991, sec. 2 en 1 (en que se hace valer la preocupación sobre si la Ley de la Propiedad Industrial sufrirá los mismos problemas que la legislación mexicana en materia ambiental en 1988).

¹⁰² Es sabido que el Gobierno mexicano ha tomado ciertas acciones recientes en contra de actos de piratería llevados a cabo en contra de los titulares legítimos de marcas tales como Levi's, Louis Vuitton, Bacardi, Reebok y Pan Am.

IV. TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC)

El capítulo de la Propiedad Intelectual del TLC establece por principio que su objetivo fundamental será que cada país parte del mismo otorgue "en su territorio a los nacionales de otra Parte protección y defensa adecuada y eficaz para los derechos de propiedad intelectual y [asegure] que las medidas destinadas a defender esos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo".¹⁰³ Este loable objetivo de eliminar las barreras nacionales al comercio resultantes de la protección territorial propia de las leyes de propiedad industrial, se logra a través de una serie de disposiciones particulares diseñadas para asegurar que ciertos requisitos mínimos de protección de los derechos de propiedad industrial en México, Canadá y los Estados Unidos sean alcanzados. De hecho, las disposiciones en materia de propiedad intelectual del TLC, una vez adoptadas, resolverán un buen número de defectos que aún se contienen en el marco legal de la propiedad industrial en México que, en forma quizá no intencional o por razones de estrategia, se mantuvieron a pesar de la expedición de la Ley de la Propiedad Industrial y las reformas recientes a la Ley de Derechos de Autor.

La ampliación a la protección de los derechos de propiedad intelectual en México que se llevará a cabo con la ratificación del TLC, incluyen las siguientes:

* Los programas de cómputo podrán obtener una mejor protección en la medida en que serán considerados como "obras literarias" bajo la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (1971) (al que cada una de las partes convinieron en adherirse).¹⁰⁴

* La industria de las señales por satélite codificadas tendrá mejor protección en virtud de que constituirá delito la fabricación, importación, venta, renta o cualquiera otra forma de hacer disponibles mecanismos o sistemas utilizados para descodificar programas sin autorización. Adicionalmente, será materia de acción civil y de pago de daños y perjuicios la recepción o distribución de dicha señal cuando haya sido descodificada sin tal autorización.¹⁰⁵

¹⁰³ TLC, *supra* nota 2, artículo 1701(1).

¹⁰⁴ *Ibid.*, artículo 1705(1)(a).

¹⁰⁵ *Ibid.*, artículo 1707.

* En cuanto a la cancelación de marcas registradas en México, tratándose de aquéllas que sean notablemente conocidas en el extranjero, será necesario únicamente probar que la marca es conocida dentro del sector del público que normalmente se relaciona con tales bienes o servicios en lugar de que sea conocida por el público en general.¹⁰⁶

* En aquellos casos en que exista una patente de proceso para la fabricación de un producto, se requerirá al presunto infractor que sea él quien pruebe que produjo el producto mediante un proceso distinto al patentado.¹⁰⁷

* México protegerá los circuitos integrados de conformidad con las disposiciones del Tratado sobre la Propiedad Intelectual Respecto de los Circuitos Integrados (1989).¹⁰⁸

Adicionalmente a la ampliación de la protección de derechos de propiedad intelectual, el TLC enfatiza en el establecimiento de medidas que hagan efectivos los derechos y específicamente establece que "Cada una de las Partes garantizará que en su legislación interna se establezcan procedimientos de defensa de derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acto que infrinja los derechos de propiedad industrial... incluyendo recursos expeditos para prevenir las infracciones y recursos que desalienten futuras infracciones".¹⁰⁹ El TLC no sólo contempla una serie de aspectos procedimentales y de acciones civiles y administrativas que beneficiarán a los titulares de derechos de propiedad intelectual, sino además, y esto constituye un aspecto fundamental del TLC, contempla soluciones equitativas de carácter provisional (cautelar) o precautorio.

Los tribunales mexicanos se han rehusado con frecuencia a llevar a cabo acciones precautorias o medidas provisionales en virtud de lo limitado de las disposiciones legales existentes aplicables al caso.¹¹⁰ Como reconocimiento al carácter irreparable del daño o perjuicio que pueda resultar por la violación de los derechos de propiedad intelectual, el TLC requiere que "Cada una de las Partes preverá que sus autoridades judiciales tendrán la facultad de ordenar medidas precau-

¹⁰⁶ *Ibid.*, artículo 1708(6).

¹⁰⁷ *Ibid.*, artículo 1709(11).

¹⁰⁸ *Ibid.*, artículo 1710(1).

¹⁰⁹ *Ibid.*, artículo 1714(1).

¹¹⁰ Joyce G. MAZERO, Testimonio ante el U.S. Trade Representative (agosto 12 de 1991) en Houston, Texas.

torias rápidas y eficaces: a) para evitar una infracción... y b) [para] conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción."¹¹¹ Después de determinar que se están violando ciertos derechos o que su violación es inminente, la autoridad judicial necesita constatar únicamente que cualquier retraso en el mandamiento de una medida provisional puede causar un daño irreparable al quejoso o bien que haya un riesgo evidente de que las pruebas respectivas puedan ser destruidas"¹¹² a efecto de dictar la medida provisional.

Como se indicó anteriormente, la dificultad habida para la ejecución de estas medidas provisionales ha sido materia de una gran preocupación para los titulares extranjeros de tecnología. El énfasis establecido al respecto en el TLC constituye francamente un avance de mucho valor ya que de ratificar el TLC, México establecerá las medidas legislativas y judiciales que hagan efectivas estas disposiciones. Una vez sucedido esto, el paso más importante se habrá tomado para asegurar a los propietarios de tecnología que la misma será efectivamente protegida en México.

V. CONCLUSIÓN

La aprobación de la Ley de la Propiedad Industrial es una muestra de la nueva política económica mexicana. Con la reglamentación de la Ley de Inversión Extranjera y la Ley de Transferencia de Tecnología, la administración de Salinas adoptó pasos fundamentales para obtener la confianza de la comunidad inversionista, los que se confirmaron con la promulgación de la Ley de la Propiedad Industrial. Los aspectos sustantivos de la Ley de la Propiedad Industrial son, en términos generales, comparables con los de los sistemas de propiedad industrial del mundo industrializado; sin embargo, la Ley de la Propiedad Industrial tiene aún algunos defectos que hacen mantener alguna preocupación sobre la posibilidad de que el Gobierno pueda efectivamente proteger los derechos de propiedad industrial. Tomando en consideración el éxito de la política económica del Gobierno Mexicano, resulta oportuna la solución de estos problemas. En primer lugar y con mucho, la aprobación del TLC ofrece la oportunidad más grande para resolver los defectos de la Ley de la Propiedad Industrial

¹¹¹ TLC, *supra* nota 2, artículo 1716(1).

¹¹² *Id.*, artículo 1716(2) (c).

y para cimentar los compromisos de México para proteger efectivamente los derechos de propiedad industrial. En segundo lugar, el Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial a ser expedido próximamente, podrá no sólo resolver algunas de las ambigüedades contenidas en la propia Ley de la Propiedad Industrial sino sobre todo desarrollar aquellos preceptos que así lo requieren por disposición de la propia Ley. Finalmente, con independencia de que sea ratificado o no el TLC, la administración de Salinas en colaboración con el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, puede simplemente continuar en su oportunidad la reforma unilateral a las leyes que aún así lo requieran para seguir atrayendo volúmenes importantes de capital y tecnologías competitivas.

EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PATENTE EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO MEXICANO

Horacio RANGEL ORTIZ

SUMARIO: Nota preliminar. I. La patente como fuente del derecho exclusivo a la explotación de una invención. 1. La delimitación del objeto patentado y la determinación del alcance del derecho. 2. Actos de explotación prohibidos. 3. Patente de producto y patente de procedimiento. 4. Actos de explotación prohibidos al amparo de patente de producto. 5. Actos de explotación prohibidos al amparo de patente de procedimiento. 6. Otros actos prohibidos. 7. Acciones por usurpación o invasión de la patente. 8. Medidas cautelares. 9. Carácter ofensivo del derecho. II. Limitaciones del derecho de patente. 10. Actos que no se consideran como actos de explotación prohibidos. 11. Derechos del usuario anterior. III. El agotamiento del derecho. 12. La tesis de la recompensa. 13. Primera comercialización. 14. Territorialidad y extraterritorialidad: distintos niveles del agotamiento. 15. Agotamiento ordinario. 16. Agotamiento internacional. 17. Agotamiento comunitario. IV. Observaciones al tema de los derechos conferidos por la patente en el Derecho Comparado. V. Derechos conferidos por la patente contra el usurpador en el Derecho mexicano. 18. La conveniencia de adoptar un sistema tendiente a precisar las principales manifestaciones del derecho exclusivo. 19. La "fórmula clásica" en el Derecho de patentes mexicano. 20. Ausencia de un catálogo de supuestos típicos de usurpación de patente en el ordenamiento mexicano. 21. Ilícitos por usurpación de patente: delitos e infracciones. 22. Delitos. 23. Limitaciones al derecho exclusivo. 24. Actos que turben, restrinjan, impidan o entorpezcan el derecho exclusivo, que no constituyan delito, constituyen infracciones administrativas. VI. El agotamiento del derecho de patentes en el Derecho mexicano. 25. El concepto de "licitud" en el artículo 22, fracción II de la ley mexicana, tiene una acepción restringida. 26. El concepto de "licitud" en el artículo 22, fracción II y el dictamen de las comisiones del Congreso. 27. El agotamiento previsto en el artículo 22, fracción II de la ley es un agotamiento ordinario o local y por tanto, quedan prohibidas las importaciones paralelas. 28. Las importaciones paralelas en materia de patentes como infracción administrativa.

NOTA PRELIMINAR

El agotamiento del derecho de patente es una figura que está íntimamente vinculada con otra institución del Derecho de patente: el contenido del derecho. Por esa razón, ha parecido razonable referirse en primer término al tema de los derechos conferidos por la patente, para después tratar el tema del agotamiento.

En una primera parte del trabajo se trata el tema de los derechos del titular de la patente contra los usurpadores en el Derecho comparado, seguido de un examen general del agotamiento del derecho de patente en el Derecho comparado. Se estima que el conocimiento de las generalidades del tratamiento ortodoxo que uno y otro tema han recibido en el Derecho comparado, deben facilitar el análisis de la legislación mexicana en lo relativo a los derechos que confiere la patente contra el usurpador y específicamente en lo que hace al tema del agotamiento del derecho de patente. De estas dos últimas cuestiones me ocupó en la parte final del trabajo.

I. LA PATENTE COMO FUENTE DEL DERECHO EXCLUSIVO A LA EXPLOTACIÓN DE UNA INVENCION

Los derechos que la patente otorga a su titular se pueden resumir, como es clásico en el Derecho de patentes, por la atribución del derecho exclusivo a la explotación del objeto patentado. A estos efectos hay que tener en cuenta que "ese objeto patentado", se delimita por el contenido de las reivindicaciones, interpretadas con la ayuda de la descripción y de los dibujos de la solicitud.¹

En cuanto a la delimitación del ámbito de protección de las patentes, desde el punto de vista temporal, hay que decir que se trata de un derecho concedido por un tiempo determinado que varía de legislación en legislación, pero que de acuerdo con una tendencia de las leyes contemporáneas tiene una duración de veinte años que se computa a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Transcurrido el plazo de duración de la patente, el invento pasa al dominio público y puede ser explotado libremente por todos.

¹ BERCOVITZ, Alberto, *La nueva ley de patentes. Ideas introductorias y antecedentes*, Editorial Tecnos, S. A., 1986, Madrid, p. 34.

1. La delimitación del objeto patentado y la determinación del alcance del derecho

Hablar del "objeto patentado" en relación con el cual se permite al titular de la patente ejercitar el derecho exclusivo de explotación, implica una referencia obligada al tema de las reivindicaciones y a la doble función que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina le atribuyen a esta sección de los documentos de patentes. Las reivindicaciones tienen una doble función jurídica:

- delimitar el objeto de la invención y
- determinar el alcance del derecho.

Mathély afirma que las reivindicaciones aparecen en la práctica británica del siglo XVIII.² Roubier sostiene que es una creación impuesta por la práctica alemana, ya que no obstante el silencio de la ley alemana de patentes de 25 de mayo de 1877, en la práctica se acostumbraba su presentación.³ Desde el punto de vista formal, la primera ley nacional que exige de modo explícito la presentación de las reivindicaciones, es la ley americana de patentes de 1836.⁴ La incorporación de las reivindicaciones en la ley americana de patentes surge como consecuencia de una serie de abusos que se habían venido produciendo en Estados Unidos con motivo de la aplicación de la ley de patentes de 1793. Efectivamente, ya desde la ley de patentes de 1790 (la primera ley de patentes en Estados Unidos), se disponía que el solicitante de una patente debía "distinguir la invención o descubrimiento de otras cosas que ya fueran conocidas o hubieran sido usadas". Ello, no obstante, las reivindicaciones, como hoy se les conoce, no aparecían en las patentes. En 1836, la ley de patentes dispuso que el inventor "deberá especificar particularmente y destacar la parte, mejora o combinación que reivindica como su propia invención o descubrimiento". Desde entonces, las reivindicaciones han tenido una evolución gradual en el Derecho de patentes americano, influida por

² MATHÉLY, Paul, *Le droit français des brevets d'invention*, Journal des notaires et des avocats, París, 1974, p. 227.

³ ROUBIER, Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, t. II. Ed. du Recueil Sirey, París, 1954, p. 277.

⁴ MOUSSERON, Jean Marc, *Traité de Brevets*, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Librairies Techniques, París, 1984, p. 660.

decisiones de los tribunales y reglamentaciones de la oficina de patentes, más que por requerimientos estatutarios.⁵

La norma impuesta por el legislador americano, conjuntamente con las prácticas incipientes de la época, habían de marcar el inicio de un movimiento tendiente a delimitar el objeto de la invención y a determinar los alcances del derecho en las leyes de otros países, aunque en algunos casos la incorporación del requisito en las leyes nacionales haya sido tan tardía, como en el caso de Francia que adopta esta exigencia hasta la promulgación de la ley de patentes de 1968.

Situaciones ilustrativas de algunos de los abusos que dieron lugar a la revisión del sistema de patentes americano y a la abrogación de la ley de patentes de 1793, a través de la promulgación de la ley de patentes de 1836, así como al desarrollo de pronunciamientos jurisprudenciales en torno al tema de la delimitación del objeto y la determinación del alcance del derecho, aparecen reseñadas en el caso *Wyeth v. Stone*.⁶

El caso *Wyeth v. Stone*, fallado en 1840, involucraba una patente a nombre de N. J. Wyeth, expedida en 1829, que concluía con un párrafo en el que se reclamaba como nuevo y, por tanto, como objeto de la exclusiva

cualquier medio que tomara la forma de un aparato para cortar hielo en tamaños uniformes, que fuese impulsado por cualquier fuerza que no fuere la humana, así como la invención de esta técnica y cualquier método particular de la aplicación de ese principio.

Comentando las objeciones hechas valer como defensa por la parte demandada por la supuesta usurpación de la patente, el Ministro Joseph Story hizo notar:

Es claro, por tanto, que en este negocio el titular de la patente pretende reservarse el derecho exclusivo para la técnica de cortar hielo por medio de cualquier fuerza distinta a la humana. Jurídicamente, tal reserva es, en definitiva, insostenible. Se trata de una reserva para una técnica o principio en abstracto, y no para

⁵ CHOATE, Robert A., *Patent Law*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1973, p. 418.

⁶ 30, Fed. Cases (núm. 18,107) (D.C. Mass. 1840), CHOATE, *op. cit.*, p. 419.

un método o maquinaria en particular que permita cortar el hielo. Ninguna persona puede tener el derecho de cortar el hielo por todos los medios y métodos, o por todos o cualesquiera tipos de aparatos, no siendo el inventor de tales medios, métodos o aparatos. Por tanto, toda reserva que vaya más allá de la verdadera invención del titular de la patente es claramente nula, por lo que se declara la nulidad de la patente, de conformidad con los principios del derecho común.

De ahí la exigencia de que las reivindicaciones no excedan lo que se encuentra descrito en el documento conocido como descripción, en donde el inventor debe revelar o dar a conocer un método para llevar a la práctica la invención. De ello se sigue que si el inventor pretende reclamar derechos exclusivos respecto de algo que no se encuentra revelado en la descripción, incluyendo un método para llevarlo a la práctica, tal reserva será nula de acuerdo con el criterio sostenido en el caso fallado por el Ministro Story hace más de un siglo, y que a esta fecha continúa rigiendo la determinación del objeto sobre el que se reclaman derechos exclusivos de explotación, en las leyes de patentes de nuestros días.

En tanto que la patente confiere un derecho exclusivo de explotación a su titular, se justifica que las leyes de patentes exijan del inventor que defina el objeto sobre el que ha de recaer ese derecho exclusivo. Pero la función de las reivindicaciones no es únicamente definir el objeto de la invención, sino además determinar el alcance de la protección. Así, el alcance de la protección está delimitado por las reivindicaciones.⁷

Esta fórmula legal debe ser bien comprendida. En su acepción amplia, la protección se confiere a través del derecho exclusivo de explotación de la invención patentada. El contenido de este derecho, es decir, el contenido de la exclusividad de explotación es establecido por la ley, lo que es constante. La variable se encuentra en el objeto a proteger. Es justamente esta variable la que va a ser fijada por las reivindicaciones. Consecuentemente, cuando las leyes de patentes disponen que las reivindicaciones determinan el alcance de la protección,

⁷ Véase MATHÉLY, *op. cit.*, pp. 334 y 336. Véase también DEVANT P., PLASSE-RAUD R., GUIMANN R., JACQUELIN H. y LEMOINE M., *Brevets D'Invention*, Manuel Dalloz de Droit Usuel, Quatrième Edition, Paris, Librairie Dalloz 11, rue Soufflot, Ve 1971, p. 150.

ello significa que las reivindicaciones determinan la extensión del objeto para el cual se reclama la protección, es decir la extensión de la invención a la cual se aplicará el derecho exclusivo de explotación conferido por la patente.⁸

Por lo hasta aquí expuesto, cuando se habla de las reivindicaciones en el Derecho de patentes es común explicar la función de esta sección de los documentos de patentes haciendo una analogía con los títulos de propiedad de los inmuebles que contienen demarcaciones y delimitaciones con referencia a la superficie, la localización y las colindancias del inmueble, como consta en las actas catastrales y en las inscripciones de un registro público de la propiedad.⁹

2. Actos de explotación prohibidos

Como ya se ha visto, los derechos que la patente otorga a su titular se pueden resumir por la atribución del derecho exclusivo a la explotación del objeto patentado.¹⁰ Sin embargo, las legislaciones no se conforman con declaraciones tan generales, sino que se sirven de fórmulas que aspiran a determinar cuál es la lista de actos prohibidos, mediante enumeraciones lo más exhaustivas que sea posible. Tales fórmulas varían de unos a otros sistemas legislativos. Pero, como rasgos comunes a todas ellas, se aprecian ciertos actos de explotación prohibidos, que sólo el titular de la patente puede realizar.¹¹

3. Patente de producto y patente de procedimiento

A propósito de los actos prohibidos, habrá que tener en cuenta en primer término el objeto sobre el que recae la exclusiva.

Uno de los criterios para clasificar las patentes de invención considera el objeto respecto del cual se reclaman los derechos de exclusividad y agrupa a las patentes en dos categorías: patentes de producto y patentes de procedimiento. Este criterio se ve reflejado lo mismo en leyes nacionales que rigen la materia, que en leyes tipo y en tratados internacionales.

⁸ MATHÉLY, *op. cit.*, pp. 334 y 335.

⁹ Véase por ejemplo, CHOATE, *op. cit.*, pp. 639. Véase también MOUSSERON, *op. cit.*, pp. 658 y 659.

¹⁰ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 34.

¹¹ Véase BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Edit. Civitas, Madrid, 1978, pp. 711 y 712.

En el caso de las patentes de producto, dice Baylos Corroza, los derechos exclusivos habrán de recaer en un cuerpo cierto, que puede ser descriptible (los que se caracterizan por su configuración, *v.gr.* las máquinas, las herramientas, los objetos nuevos en general —los productos físicos—) o formulable (los que se definen por su composición: las sustancias. Los productos químicos).¹²

En cambio, explica el mismo autor, en las patentes de procedimiento, el objeto de la invención es un comportamiento enunciable mediante la indicación de la serie de operaciones o actuaciones que habrán de tener lugar para que el resultado se obtenga. Es decir, se trata de una sucesión de operaciones o actuaciones a realizar con determinadas materias o energías.¹³ Dicho en palabras de Díaz Velasco, hay invenciones de *nuevas cosas que hacer* e invenciones de *nuevos modos de hacer cosas*.¹⁴

Teniendo en mente estas distinciones, los actos de explotación prohibidos, que sólo el titular de la patente puede realizar al amparo de la exclusividad conferida por la patente, son los siguientes:

4. Actos de explotación prohibidos al amparo de patente de producto

Cuando el objeto de la patente concierna a un producto, su titular tendrá el derecho de prohibir a terceros que realicen sin su autorización los siguientes actos:

- fabricar el producto;
- ofrecer el producto;
- introducir o poner en el comercio el producto;
- utilizar el producto;
- importar el producto;
- almacenar o poseer el producto para ofrecerlo;

¹² Véase BAYLOS, *op. cit.*, pp. 707 y ss. Véase también OMPI, *Ley Tipo de la OMPI para los países en desarrollo sobre invenciones*, vol. I, Patentes de Invención, Ginebra, Suiza, 1979, p. 59.

¹³ BAYLOS, *op. cit.*, p. 707.

¹⁴ DÍAZ VELASCO, Manuel, *Legislación de patentes en la industria farmacéutica*, conferencia pronunciada en Madrid, el 23 de enero de 1969, dentro del Primer Curso Superior de Química Médica, organizado por el Instituto de Química Orgánica General, según texto citado por BAYLOS, *op. cit.*, p. 708.

- almacenar o poseer el producto para ponerlo en el comercio;
- almacenar o poseer el producto para utilizarlo.

5. Actos de explotación prohibidos al amparo de patente de procedimiento

Cuando el objeto de la patente concierna a un procedimiento, su titular tendrá el derecho de prohibir a terceros que realicen sin su autorización los siguientes actos:

- utilizar el procedimiento;
- ofrecer la utilización del procedimiento;
- ofrecer el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente;
- introducir en el comercio el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente;
- utilizar el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente;
- importar el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente para alguno de los fines antes mencionados;
- poseer o almacenar el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente para alguno de los fines antes mencionados.

Los actos de explotación cuya realización puede impedir el titular de la patente a cualquier persona que no cuente con su consentimiento, como antes han quedado expuestos, aparecen en textos legales, como la Ley española de patentes de 1986 (artículo 50),¹⁵ la Ley francesa de patentes de 1968 reformada en 1978 y en 1990 (artículo 29)¹⁶ y en el proyecto de Tratado de Armonización en materia de patentes (artículo 19, Variante B).¹⁷ A la vez, las disposiciones contenidas en los textos legales antes citados, constituyen, con variantes

¹⁵ Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

¹⁶ El Texto de la Ley de patentes francesa (Ley núm. 68-1 de 2 de enero de 1968, reformada y complementada por la Ley núm. 90-1052 de 26 de noviembre de 1990) puede consultarse en OMPI, *Industrial Property*, June 1991, Laws and Treaties, pp. 001-014.

¹⁷ Véase OMPI, *Propuesta básica para el tratado y el reglamento*, PLT/DC/3, 21 de diciembre de 1990.

mínimas, la reproducción del artículo 29 del Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria (el Convenio de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1975 fue firmado por los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea en 1975).

Obsérvese que así como la ley francesa y la ley española hacen esta enumeración con un carácter aparentemente limitativo (si bien no aparece una expresión en tal sentido en estos ordenamientos), en el Proyecto de Tratado de Armonización existe la propuesta de que esta enumeración sea antecedida por la expresión "por lo menos", lo que deja claro que la enumeración de actos prohibidos es ilustrativa y no limitativa.

Por otra parte, se ha dicho que el carácter limitativo que caracteriza la enumeración de la ley francesa, se debe al hecho de que en el artículo 29 de dicho ordenamiento se prevén todos los actos de explotación concebibles teóricamente.¹⁸

6. Otros actos prohibidos

Las leyes de patentes contemporáneas suelen incluir otra lista de actos prohibidos que sin violar directamente la exclusiva, sí que tiene por finalidad facilitar la realización de actos que caen bajo el ámbito de protección de la patente. Esto significa que el titular de la patente tiene también derecho a impedir que una persona sin su consentimiento entregue u ofrezca a un tercero medios para la puesta en práctica de la invención patentada, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y están destinados a ella.¹⁹ Es el caso de lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley española de patentes de 1986, el artículo 29 bis de la Ley francesa de patentes de 1968 reformada en 1990 y el artículo 19, 4) del Proyecto de Tratado de Armonización.

7. Acciones por usurpación o invasión de patente

Como consecuencia de los actos de explotación cuya realización puede impedir el titular de la patente, las leyes de patentes recono-

¹⁸ Véase FOYER, Jean y VIVANT, Michel, *Le Droit des Brevets*, THEMIS Droit Presses Universitaires de France, 1991, p. 289.

¹⁹ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 35.

cen el ejercicio de medidas legales por parte del titular de la patente a los efectos de que los derechos concedidos por la patente puedan hacerse efectivos, en contraste con un mero reconocimiento teórico de dichos derechos. A estas medidas, que se otorgan al titular de la patente para hacer respetar su derecho exclusivo, se les conoce como acciones por usurpación o invasión de patente.

Entre los distintos sistemas que existen para precisar qué tipo de acciones puede tomar el titular de la patente para hacer respetar su derecho exclusivo, destaca aquél que parte de una cláusula general en el que se reconoce de modo general que el titular de la patente puede ejercitar todo tipo de acciones contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. Esta cláusula general es seguida de una enunciación ejemplificativa y no exhaustiva, representada por acciones concretas en las que se prevé que el titular de la patente cuyo derecho sea lesionado podrá solicitar ante las autoridades correspondientes:

- la cesación de los actos que violen su derecho;
- la indemnización de los daños y perjuicios sufridos;
- el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado;
- la atribución en propiedad de los objetos o medios embargados cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios;
- la adopción de medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente;
- la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del condenado, mediante anuncios o notificaciones a las personas interesadas.

Un sistema como el anterior fue propuesto por el profesor Berco-
vitz en el Anteproyecto de Ley de patentes de 1981 y adoptado ínte-

gramente en el texto definitivo de la Ley española de patentes de 1986.²⁰

8. Medidas cautelares

Complemento muy importante de las acciones concretas antes mencionadas es el tema de las medidas cautelares que, en algunos sistemas, pueden ejercitarse por el titular de la patente antes incluso de ejercitar su acción por violación de su derecho. Estas medidas suelen incluir:

- la cesación de actos que violen el derecho del peticionario;
- la retención y depósito de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusiva-

²⁰ Véanse los artículos 62 y 63 de la ley española de patentes, tomados de los artículos 74 y 75 del Anteproyecto de ley de patentes de 1981 elaborado por el profesor Alberto Berco-
vitz. BERCOVITZ, *La nueva ley de patentes...*, op. cit., pp. 36 y 171. Véase también el Capítulo VI de la Ley francesa de patentes de 1968 reformada en 1990 (artículos 51 a 61). A propósito de la acción de indemnización de daños y perjuicios, véase cómo esta acción se regula cuidadosamente en el ordenamiento español. Por una parte, determinando quiénes están obligados y en qué circunstancias a esa indemnización (artículo 64), y, por otra parte, estableciendo los sistemas a través de los cuales puede calcularse la indemnización por el usurpador de la patente. En este sentido el artículo 66 prevé tres criterios para llegar a ese cálculo: "a) Por los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor. b) Por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. c) Por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a Derecho". Como podrá apreciarse, señala el doctor Berco-
vitz, este último criterio —el que hace equivaler la indemnización al pago de regalías por la licencia que hubiera debido obtenerse— tiene la gran ventaja de no exigir prueba alguna por parte del titular de la patente referida bien a las ganancias obtenidas por el infractor, bien a los beneficios que el propio titular hubiera dejado de obtener por el titular— puede plantear a menudo grandes dificultades; de ahí la gran ventaja que significa la posibilidad de recurrir a un criterio de más fácil aplicación. Además, en el Título XIII de la ley española se incluyen disposiciones tendientes también a dar mayor efectividad a los derechos del titular. Por una parte, en la ley española de 1986 se incluyen diligencias de comprobación de hechos (artículos 129 a 132), con la finalidad de que antes de ejercer la acción por violación de la patente, el titular de la misma pueda recabar la asistencia judicial para comprobar la existencia de la violación, acudiendo incluso a realizar las verificaciones oportunas en el establecimiento del presunto infractor. BERCOVITZ, op. cit., pp. 36, 37 y 38.

mente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado;

- el afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios;
- las anotaciones registrales que procedan.²¹

9. *Carácter ofensivo del derecho*

Esta enunciación de las principales manifestaciones de los derechos que la patente otorga a su titular pone de manifiesto que el derecho exclusivo a la explotación del objeto patentado no puede ser utilizado con un carácter defensivo. Es decir, que el derecho exclusivo a la explotación de un invento conferido por la patente se traduce en la posibilidad de prohibir ciertos actos de explotación por parte de terceros no autorizados.²² Desde este punto de vista la patente es un instrumento legal de carácter *ofensivo* que permite a su titular impedir la realización de los actos de explotación prohibidos antes mencionados y el ejercicio de las acciones señaladas tendientes a hacer respetar su derecho exclusivo. La observación parece de importancia, toda vez que en el Derecho comparado de patentes se aprecian ordenamientos redactados de tal manera que no sólo permiten al titular de la patente hacer uso de la patente con un carácter ofensivo, sino incluso con un carácter defensivo. Es decir, como un instrumento que es utilizado como defensa por su titular cuando un tercero, titular de una patente anterior, inicia una reclamación en su contra.

De acuerdo con los ordenamientos legales redactados con estas características, el titular de una patente no puede ser obligado a cesar en la explotación del invento objeto de la misma, mientras no se haya declarado, en sentencia ejecutoria, la nulidad de esa patente. Con base en lo dispuesto en este tipo de ordenamientos, lo que ocurre es que las patentes no tienen la finalidad de garantizar la exclusividad de explotación de los inventos protegidos a sus titulares, sino, por el contrario, permitirles a éstos violar los derechos derivados de patentes anteriores, con la seguridad de que el titular de esas patentes no puede hacer cesar de forma inmediata al titular de la patente posterior en

²¹ Véanse artículos 133 a 139 de la ley española de patentes. Véanse también artículos 163 a 169 del Anteproyecto de ley de patentes de 1981 del profesor Bercovitz. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 38, 203 y 204.

²² Véase MATHÉLY, *op. cit.*, p. 322.

la explotación del invento, al amparo de las disposiciones que permitan atribuir este carácter defensivo a las patentes.²³

La noción de que las patentes deben ser utilizadas como instrumentos con una finalidad ofensiva y no defensiva se ve reflejada en el Derecho comparado, en la jurisprudencia y en los comentarios de los tratadistas de mayor autoridad. Éste es el caso en el actual Derecho de patentes español, francés y estadounidense, por mencionar algunos.²⁴

II. LIMITACIONES AL DERECHO DE PATENTE

Si una sana técnica legislativa en la redacción de los códigos de patentes hace recomendable la inclusión de disposiciones que aspiran a determinar cuál es la lista de actos prohibidos, mediante enumeraciones lo más exhaustivas que sea posible, por la misma razón los códigos de la materia inspirados en tal principio incluyen normas que tienden a precisar aquellas situaciones en que el titular de la patente no podrá utilizar el derecho exclusivo de explotación que confieren las patentes. Estas normas suelen incluirse en los códigos de patentes con la idea de encontrar un equilibrio entre los derechos del titular de la patente y los derechos de terceros respecto a la explotación del invento patentado, en ciertas circunstancias específicas en las que ha parecido poco razonable permitir el ejercicio de la exclusividad que confieren las patentes. De acuerdo con esta noción existen ciertos actos que en principio pudieran considerarse como actos de explotación prohibidos, pero que los legisladores han considerado equitativo excluirlos expresamente de la lista de actos que revisten este carácter. Esta exclusión se logra impidiendo al titular de la patente la instauración de procedimientos de usurpación de la patente en los casos que más adelante se mencionan.

10. *Actos que no se consideran como actos de explotación prohibidos*

Entre los actos que no se consideran como actos de explotación prohibidos cabe destacar los siguientes:

²³ Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 32.

²⁴ Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 31, MATHÉLY, *op. cit.*, p. 322, CHAVANNE, Albert y BURST, Jean-Jacques, *Droit de la propriété-industrielle*. Deuxième Edition, Dalloz, Paris, 1980, p. 126 y CHOATE, *op. cit.*, p. 639.

- los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales;
- los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada;
- los actos consistentes en la preparación de un medicamento para casos individuales, en una farmacia o por un médico, de conformidad con una receta médica o actos relativos al medicamento así preparado;
- el empleo del objeto de la invención patentada a bordo de buques de países de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, en el cuerpo del buque, en las máquinas, en los aparejos, en los aparatos y en los restantes accesorios, cuando esos buques penetren temporal o accidentalmente en las aguas del territorio de concesión de la patente, siempre que el objeto de la invención sea utilizado exclusivamente para las necesidades del buque;
- el empleo del objeto de la invención patentada en la construcción o en el funcionamiento de medios de locomoción, aérea o terrestre, que pertenezcan a países miembros de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial o de los accesorios de los mismos, cuando esos medios de locomoción penetren temporal o accidentalmente en el territorio de concesión de la patente.²⁵

11. Derechos del usuario anterior

Dentro del mismo rubro de limitaciones al derecho del titular de la patente cabría incluir el caso del usuario anterior en la lista de actos de explotación que no se consideran prohibidos. Sin embargo, hay que dedicar un apartado específico al caso del usuario anterior, toda vez que aquí no se está ante actos específicos que por su naturaleza o por las circunstancias concretas en que ocurren el legislador estima que los derechos de la patente no deben extenderse a ellos, sino ante una situación general en que el titular de una patente no tiene derecho a utilizar la exclusiva en contra de un tercero, independientemente

²⁵ Véase artículo 19 (Variante B) del Proyecto de Tratado de Armonización en Materia de Patentes, OMPI, *Propuesta Básica*, op. cit., pp. 36 y 37. Véase también artículo 52 de la Ley española de patentes de 1986 y artículo 30 de la Ley francesa de patentes de 1968 reformada en 1990.

de que los actos del tercero ocurran en un ámbito privado o sean con fines experimentales o de otro tipo de situaciones temporales o accidentales. Se trata del caso en que una patente no surte efectos contra cualquier persona (el usuario anterior) que, de buena fe, a los fines de sus actividades, y antes de la fecha de presentación de la solicitud sobre la que se conceda la patente, y dentro del territorio en que la patente surta efectos, utilizaba la invención o realizaba preparativos efectivos y reales para dicha utilización; tal persona tendrá derecho, a los fines de sus actividades, a continuar la utilización o a utilizar la invención como lo había previsto en sus preparativos. El derecho del usuario anterior únicamente puede ser transmitido junto con la empresa o negocio o con la parte de la empresa o del negocio en la que se haya procedido a la utilización o a los preparativos para la utilización.²⁶

III. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PATENTE

Hasta aquí se ha visto que la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para alguno de los fines mencionados, constituyen actos de explotación prohibidos; y que la utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de dicha utilización, así como el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados, también lo son.

No obstante lo anterior, existen situaciones en las que algunos de los actos mencionados pueden realizarse libremente por parte de un tercero sin la autorización del titular de la patente, y ello obstante, tales actos no constituyen usurpación de la patente, particularmente los que tienen que ver con la comercialización y la utilización. Esto último, por estimarse que el derecho del titular de la patente se ha agotado, en virtud de actos previamente realizados por el propio titular de la patente o por un tercero con su autorización.

²⁶ Véase artículo 20 del Proyecto de Tratado de Armonización en Materia de Patentes, OMPI, *Propuesta Básica*, op. cit., p. 41. Véase también artículo 54 de la Ley española de patentes de 1986 y artículo 31 de la Ley francesa de patentes de 1968 reformada en 1990.

12. La tesis de la recompensa y el agotamiento del derecho

Entre las teorías que han servido como fundamento de un sistema de patentes, para los efectos del tema que ahora nos ocupa, destaca la tesis de la recompensa²⁷ que considera la concesión de una patente como una remuneración equitativa al inventor por el trabajo intelectual realizado en beneficio de la comunidad. Esta tesis ha servido de apoyo para proponer que el titular de la patente recibe la recompensa prevista por el sistema de patentes, una vez que el objeto de la patente es introducido por primera vez en el comercio por el titular de la patente o por un tercero con su autorización expresa. De acuerdo con esta noción, se estima que el derecho que le asiste al titular de la patente para impedir actos de explotación, se agota con la colocación del objeto de la patente en las circunstancias indicadas. Decir que el derecho del titular de la patente se agota significa que el titular de la patente queda privado de la posibilidad de impedir ciertos actos por parte de terceros no autorizados con posterioridad a la primera colocación en el comercio de los productos objeto de la patente por parte del titular de la patente o por un tercero con su consentimiento, tratándose del producto amparado por una patente de producto o del que resulta de la aplicación de un procedimiento patentado. La teoría del agotamiento del derecho de patentes es introducida en la jurisprudencia del derecho de patentes en el año de 1902, como consecuencia de un fallo de un tribunal alemán (Decisión de Reisgericht de 26 de marzo de 1902).²⁸

13. Primera comercialización

De conformidad con la doctrina del agotamiento del derecho de patente, una vez comercializado el producto protegido, sea por el propio titular de la patente o por un tercero con su consentimiento, el titular ha materializado el beneficio procurado por el sistema de patentes mediante la atribución de la facultad de exclusión, por lo que no puede pretender un segundo beneficio a partir de un mismo pro-

²⁷ Véase BEIR, Friedrich-Karl, *Traditional and Socialist Concepts of Protecting Inventions*, 1 IIC 328 (1970) citado por BEIR, Friedrich-Karl y STRAUSS, Joseph, *The Patent System and Its Informational Function-Yesterday and Today*, ICC, International Review of International Property and Copyright Law, vol. 8, núm. 5/1977, p. 392.

²⁸ Véase FOYER y VIVANT, p. 327.

ducto. La razón de ser de la excepcionalidad de la situación creada con la concesión de la patente ha desaparecido respecto de un objeto cuando de él ya se ha extraído el beneficio derivado de la primera introducción en el comercio. De este modo, el titular de la patente sólo podrá impedir la comercialización y utilización de aquellos productos protegidos, fabricados o introducidos en comercio sin su consentimiento. El agotamiento se produce *ipso jure*, por lo que no puede ser restringido o eludido por la voluntad del titular. Se trata de un efecto automático, absolutamente independiente de la voluntad del titular de la patente.²⁹

14. Territorialidad y extraterritorialidad: distintos niveles del agotamiento

Hablar del agotamiento del derecho de patente implica hacer ciertas distinciones en lo que se refiere al territorio en donde se produce el agotamiento. Así, es procedente hablar de

- agotamiento ordinario;
- agotamiento "internacional" y
- agotamiento comunitario.

15. Agotamiento ordinario

El agotamiento ordinario o local es lo que podría llamarse la regla general en este tema y es el que se produce en el territorio de un Estado en donde se ha realizado la primera comercialización del producto objeto de la patente por el titular de la patente o con su consentimiento expreso. De acuerdo con esta regla, el agotamiento del derecho como se produce en un Estado no afecta los derechos que el titular de la patente pueda tener en otro Estado.

Ello significa que la construcción del principio de agotamiento sólo ha afectado al derecho de patente en cuanto podía ser ejercitado ante actos relativos a productos protegidos fabricados y dados al comercio en territorio nacional; en consecuencia, el agotamiento del derecho de patente sólo se verifica respecto de productos comercializados en terri-

²⁹ MASSAGUER, José D., *En torno al artículo 53 LP: el agotamiento del derecho de patente*, Actas de Derecho Industrial, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela, tomo 12, años 1987-1988, p. 132.

torio nacional por el titular de la patente o por un tercero que cuente con su consentimiento. De este modo, el titular nacional puede oponerse válidamente a la importación y a todo ulterior acto de explotación de un producto protegido por patente que haya sido importado, también cuando haya sido previamente comercializado en un mercado exterior por él o por un tercero con su consentimiento. Formulada de otro modo, la regla es que los legisladores nacionales no reconocen efecto extraterritorial o internacional al agotamiento del derecho de patente; no se ha ligado consecuencia alguna a la introducción en comercio verificada en territorio extranjero.³⁰

16. Agotamiento "internacional"

En algún momento se ha hablado de lo que aquí se llama *agotamiento "internacional"*, con lo que se ha pretendido sugerir que una vez que se han dado los presupuestos del agotamiento ordinario o local en un determinado Estado por actos ocurridos en ese Estado, los efectos de dicho agotamiento se producen igualmente en otros Estados en donde el mismo titular de la patente en que se produjo el agotamiento local cuenta con una patente para el mismo invento otorgada por el tercer Estado, es decir de la extraterritorialidad del agotamiento.

Sin embargo, la extraterritorialidad del agotamiento ha sido rechazada con base en la vigencia del principio de la territorialidad. El derecho derivado de la concesión de una patente exterioriza sus efectos sólo dentro del territorio del Estado cuya administración la ha concedido. Por lo tanto, puede haber tantos derechos derivados de una patente nacional sobre una misma invención y en favor de un mismo titular, como Estados haya que otorguen una patente para tal invención; y cada una de las patentes así otorgadas en su marco especial de forma independiente respecto de las otras. Por tanto, la consecuencia directa del principio de territorialidad es que la comercialización del producto protegido habida en el territorio de un Estado no afecta a la patente conferida por otro Estado.³¹

³⁰ MASSAGUER, *op. cit.*, p. 146.

³¹ MASSAGUER, *op. cit.*, pp. 146, 147 y 149. Sobre el tema del agotamiento local en materia de patentes véase también CHAVANNE y BURST, *op. cit.*, pp. 125 y 126. De manera contraria a lo que ocurre en materia de patentes, en materia de marcas se ha admitido la extraterritorialidad del agotamiento del derecho, denegando la

No obstante el rechazo generalizado de que ha sido objeto la noción del agotamiento internacional, recientemente fue dictada una norma en el seno de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que hace suya la tan criticada figura del agotamiento internacional. Efectivamente, el artículo 35 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena establece que: "La patente confiere a su titular el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, exploten la invención patentada. El titular no podrá ejercer tal derecho, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando se trate de la importación del producto patentado que hubiere sido puesto en el comercio en cualquier país, con el consentimiento del titular o de cualquier otra manera lícita."³²

17. Agotamiento comunitario

En la Comunidad Económica Europea (CEE)³³ la situación del agotamiento tiene características peculiares. Ahí se halla plenamente

pretensión del titular nacional que intentaba prohibir una importación paralela de productos originales (mercancías marcadas lícitamente en el país de origen). Véase FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Dos cuestiones candentes de Derecho de marcas", *La Ley*, 23 de octubre de 1985, pp. 1 y ss. y MASSAGUER, *op. cit.*, p. 150. Contrariamente a lo que ocurre en materia de marcas, la negación de los efectos extraterritoriales del agotamiento no está en conflicto con la función y esencia de la patente, pues precisamente se justifica en el propio fundamento del sistema de patentes y en necesidad de crear una patente nacional fuerte. Si el legislador hubiera adoptado una solución distinta, habría debilitado el estímulo ofrecido a empresas innovadoras. El sistema de patentes, por medio de la especial tutela jurídica cifrada en la facultad de exclusión, procura al titular la posibilidad de obtener un beneficio, precisamente, a través de la primera comercialización en el mercado nacional del producto protegido. Si el legislador desconoce los efectos extraterritoriales del agotamiento, las posibilidades de obtener dicho beneficio se refieren a todas y cada una de las primeras comercializaciones que se verifiquen en territorio nacional. MASSAGUER, *op. cit.*, p. 153. Véase también la resolución adoptada por la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI) con motivo de la reunión del Comité Ejecutivo que tuvo lugar en Barcelona del 30 de septiembre al 5 de octubre de 1991 en donde este organismo privado especializado en la protección de los derechos de propiedad industrial expresamente se pronunció en contra de la noción del agotamiento internacional, o lo que ahí se llamó "importaciones paralelas de productos patentados" (Q. 101), AIPPI, *Annuaire*, 1991/I, AIPPI, Zurich, 1991, p. 274.

³² Decisión 313. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. *Gaceta Oficial* del Acuerdo de Cartagena, año IX, núm. 101, Lima, 14 de febrero de 1992.

³³ De producirse la ratificación reglamentaria del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea por los Estados de la Comunidad Económica Europea, se tiene previsto que la CEE creada por el Tratado de Roma de 1957 deje de tener un

vigente la llamada doctrina del agotamiento comunitario del derecho de patente nacional.³⁴ En este sentido, la doctrina del agotamiento comunitario difiere sustancialmente de lo que es a nivel interno. A nivel interno, las reglas del agotamiento obedecen a exigencias del sistema de patentes. En cambio, a nivel comunitario, la doctrina responde a las exigencias de la libre circulación de mercancías en el interior del Mercado Común y contrapone los intereses defendidos por un sistema nacional de patentes por los del Tratado que establece la Comunidad Económica Europea (TCEE), prevaleciendo estos últimos sólo gracias a la primacía del Derecho comunitario.³⁵

La doctrina del agotamiento comunitario exige que la acción de agotamiento, la introducción en comercio relevante, suceda en el territorio de un Estado miembro.³⁶ Por tanto, una vez que el producto objeto de la patente es introducido en el comercio de un Estado miembro de la CEE por el titular de la patente o por un tercero con su consentimiento, el derecho se agota en los demás Estados miembros de la CEE.

En el caso *Centrafarm v. Sterling Drug* (sentencia de 31 de octubre de 1974, 15/74, Rec. 74, p. 1147), el Tribunal de Luxemburgo (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) juzgó, en efecto, que "el ejercicio por el titular de una patente, del derecho que le confiere la legislación de un Estado miembro de prohibir la comercialización, dentro de ese Estado, de un producto protegido por una patente y colocado en el comercio, en otro Estado miembro por dicho titular

carácter estrictamente económico para convertirse en la Comunidad Europea (CE). Esto último, de acuerdo con lo dispuesto en el "Título II. Disposiciones relativas a la modificación del tratado que instituye la Comunidad Económica Europea con miras a establecer la Comunidad Europea" (artículo G a 238). El Título II del Tratado de Maastricht está dividido en partes que corresponden a las del Tratado de Roma. La tercera parte del Título II del Tratado de Maastricht trae consigo importantes modificaciones al Tratado de Roma. Ahi se introducen nuevas políticas: educación (artículo 126), cultura (artículo 128), salud (artículo 129), redes trans-europeas (artículo 129 B), etcétera. Véase CARTOU, Louis y DE ROUX, Xavier, *Maastricht Commentaire du Traité sur l'Union Européenne*, Actualités communitaires, GLN Joly Editions/Gide Loyrette Nouel, Extrait du No. 277, Paris, 1992, p. 14.

³⁴ MASSAGUER, *op. cit.*, p. 154. En el mismo sentido es el pronunciamiento de la AIPPI como se contiene en la Resolución de Barcelona a propósito de la Cuestión núm. 101 (Importaciones paralelas de productos patentados). Véase AIPPI, *Annuaire* 1991/I, *op. cit.*, p. 274.

³⁵ MASSAGUER, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

³⁶ MASSAGUER, *op. cit.*, p. 157.

o con su consentimiento sería incompatible con las reglas del Tratado de la CEE relativas a la libre circulación de mercancías".³⁷

El criterio fundamental del caso *Centrafarm* ha sido confirmado por el Tribunal de Luxemburgo en fallos posteriores (*Merck v. Stephar*, sentencia de 14 de julio de 1981, 187/80, Rec. 1981, p. 2063 y *Pharmon BV v. Hoechst AG*, sentencia de 9 de julio de 1985, 19/84),³⁸ que con variantes que no es el momento de apuntar, ratifican la regla del agotamiento comunitario. Todo patentado está sujeto a la posibilidad de que un distribuidor (o licenciataria) en un país se convierta en su competidor en un tercer país con su propio producto. Por tanto, una política de patentes Estado por Estado está prohibida en la Comunidad.³⁹

¿Qué justifica la postura del Tribunal de Luxemburgo? ¿Cómo explicar esa postura? No es una autolimitación del derecho de patente. Es la preferencia acordada a un imperativo ajeno al derecho de patente: el imperativo comunitario de la libre circulación.⁴⁰

Confirma lo anterior el hecho que la comercialización de productos protegidos en un tercer Estado cualquiera (distinto a los miembros de la CEE), aunque realizada por el titular o con su consentimiento, no desata el agotamiento comunitario de las patentes concedidas por Estados miembros, ya que los artículos 30 y 36 del TCEE, sólo regulan el tráfico intracomunitario;⁴¹ tampoco la comercialización en terceros Estados con los que la Comunidad ha concluido un Acuerdo de Libre Comercio, que recogen normas paralelas a los artículos 30

³⁷ Véase FOYER y VIVANT, *op. cit.*, p. 324 y ss.

³⁸ Véase FOYER y VIVANT, *op. cit.*, pp. 325 y ss.

³⁹ Por lo demás, el Tribunal de Luxemburgo opina lo mismo de las obtenciones vegetales, la marca o el derecho de autor, FOYER y VIVANT, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁰ FOYER y VIVANT, *op. cit.*, p. 328.

⁴¹ El texto de estas disposiciones y su relación con el tema del agotamiento puede consultarse en OMPI, *El principio del agotamiento y su efecto en el comercio internacional*, OMPI/ALADI/PI/91/10, abril de 1991, p. 6. "Artículo 30 del Tratado que establece la Comunidad Económica Europea —Tratado de Roma— del 25 de mayo de 1957: Quedan prohibidas entre los Estados Miembros las restricciones cuantitativas a la importación y todas las medidas de efecto equivalente, sin perjuicio de las disposiciones siguientes." "Artículo 36. Las disposiciones de los artículos 30 a 34 inclusive no serán obstáculo para prohibiciones o restricciones respecto a la importación, exportación, o tránsito que fuesen justificadas por razones de (...) la protección de la propiedad industrial y comercial. Sin embargo, tales prohibiciones o restricciones no constituirán un medio de discriminación arbitraria ni una restricción disimulada al comercio entre Estados miembros".

y 36 del TCEE, dado que estos Acuerdos no tienen por objetivo la integración de mercados.⁴²

IV. OBSERVACIONES AL TEMA DE LOS DERECHOS QUE CONFIERE LA PATENTE EN EL DERECHO COMPARADO

El breve recorrido que se ha hecho de los derechos concedidos por la patente a su titular pone de manifiesto que el derecho exclusivo de explotación que confieren estos títulos, lejos de representar un derecho abstracto se caracteriza por una serie de manifestaciones concretas, como quedaron expuestas en este trabajo. Así como las leyes de patentes contienen disposiciones específicas que tienden a precisar el contenido de este derecho y las acciones de que dispone el titular de una patente para hacer respetar su derecho, los ordenamientos legales que rigen esta materia paralelamente incluyen normas que limitan los derechos del patentado. Esto último, con la idea de encontrar un equilibrio entre los distintos intereses involucrados. Se ha estado de acuerdo en que este equilibrio puede buscarse de distintas maneras, siempre y cuando las que se escojan para tal fin sean aplicadas de manera que no puedan afectar la esencia de los derechos del patentado y destruir el aliciente de una cooperación económica. Es justamente en este equilibrio que el sistema de patentes procura el logro de una serie de objetivos sociales e individuales, entre los que destacan promover la creación y el desarrollo de tecnología, contribuir a una amplia divulgación de las tecnologías desarrolladas por otros como se contienen en los documentos de patentes, recompensar al inventor y permitir a los patrocinadores de sus investigaciones no sólo el resarcimiento de los costos de investigación, sino también la obtención de una utilidad razonable y la posibilidad de reinvertir en investigación. Si el sistema de patentes ha existido por más de 500 años, ello se debe a que a estas alturas de los tiempos, aún no se conoce un mejor sustituto para procurar el logro de estos objetivos.

⁴² MASSAGUER, *op. cit.*, p. 157. Véase también FARR, Sebastian, *Patents in a Single European Market*, Patent World, october, 1990, Issue 26, pp. 27-30.

V. DERECHOS CONFERIDOS POR LA PATENTE CONTRA EL USURPADOR EN EL DERECHO MEXICANO

18. *La conveniencia de adoptar un sistema tendiente a precisar las principales manifestaciones del derecho exclusivo*

Las disposiciones relacionadas con los derechos del titular de la patente en general, y en particular con los que tiene en contra del usurpador, se encuentran contenidas en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 26 de junio de 1991⁴³ de modo disperso y desordenado, sin que pueda afirmarse que en su redacción se adoptó sistema alguno. Por lo mismo, la revisión de las disposiciones correspondientes muestra que, a diferencia del tratamiento que recibe el tema de los derechos del titular de la patente en el Derecho comparado, en el ordenamiento mexicano la determinación de los derechos de que goza el titular de la patente es una tarea que debe realizar el abogado a partir de un análisis cuidadoso del articulado de la ley. Ello es así debido a que en la ley mexicana no existe disposición específica que contenga un catálogo de manifestaciones del derecho exclusivo a la explotación de un invento, como hasta aquí se ha visto ocurre en las legislaciones que aspiran a determinar cuál es la lista de actos prohibidos mediante enumeraciones lo más exhaustivas que sea posible; es el caso de ordenamientos como la ley española de 1986, de la ley francesa de 1968 reformada en 1990 y del Proyecto de Tratado de Armonización en Materia de Patentes, según quedó expuesto en páginas anteriores.

Con anterioridad a la Ley de 1991, el tema de los derechos conferidos por la patente contra los usurpadores se ha reglamentado por los códigos de patentes que han regido en nuestro país desde principios del siglo pasado:

Decreto expedido por las Cortes Españolas el 2 de Octubre de 1820, para asegurar el derecho de propiedad á los que inventen, perfeccionen ó introduzcan algún ramo de industria (Decreto de 1820).

Ley de 7 de mayo de 1832, sobre privilegio exclusivo a los inventores ó perfeccionadores de algún ramo de industria (Ley de 1832).

⁴³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 27 de junio de 1991 y en vigor a partir del 28 de junio de 1991.

Ley de 7 de junio de 1890, sobre patentes de privilegio á los inventores ó perfeccionadores (Ley de 1890).

Ley de Patentes de Invención expedida el 25 de agosto de 1903 (Ley de 1903).⁴⁴

Ley de Patentes de Invención de 26 de junio de 1928 (Ley de 1928).⁴⁵

Ley de la Propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942 (Ley de 1942).⁴⁶

Ley de Invenciones y Marcas de 30 de diciembre de 1975 (Ley de 1975).⁴⁷

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 26 de junio de 1991 (Ley de 1991).

La inapropiada técnica empleada por el legislador mexicano en la presentación de los derechos conferidos por la patente en la ley de 1991 constituye una repetición de vicios similares que caracterizaron a su predecesora, la Ley de Invenciones y Marcas de 1975 reformada en 1986. Llama la atención apreciar que el sistema empleado por los redactores de la antigua Ley de la Propiedad Industrial de 1942 (abrogada por la Ley de 1975) presenta más elementos en común con las legislaciones modernas⁴⁸ en lo que hace a la determinación de las principales manifestaciones del derecho exclusivo de un invento que confieren las patentes.

La Ley de 1942, cuyo proyecto fue encomendado al abogado Carlos Durán Salazar, incluía una disposición específica a propósito de los derechos del dueño de la patente, del tenor siguiente:

⁴⁴ El texto de los ordenamientos de 1820 a 1903 puede consultarse en DE LA TORRE, Juan, *Legislación de Patentes y Marcas*, Colección completa de todas las disposiciones que han regido en México sobre esta materia desde la época de la dominación española hasta la época actual, concordadas y explicadas, México, Antigua Imprenta de Murguía, Calle del Coliseo Viejo, núm. 2, 1903, pp. 1-131.

⁴⁵ Su texto aparece en SECRETARÍA DE ECONOMÍA NACIONAL, *Leyes de patentes y de marcas, avisos y nombres comerciales. Reglamentos de las mismas y disposiciones relativas*. Edición oficial, Poder Ejecutivo Federal, Estados Unidos Mexicanos, México, 1941.

⁴⁶ Su texto puede consultarse en SECRETARÍA DE ECONOMÍA NACIONAL, Dirección General de la Propiedad Industrial, *Ley y Reglamento de la Propiedad Industrial*, Estados Unidos Mexicanos, México, 1951.

⁴⁷ Diario Oficial de la Federación de 10 de febrero de 1976 y de 16 de enero de 1987.

⁴⁸ Como las que en páginas anteriores se han citado para mostrar los puntos de armonía entre la doctrina y las leyes en el Derecho comparado, que hoy continúan rigiendo la materia en las jurisdicciones correspondientes.

Artículo 7. El propietario de una patente tiene el derecho exclusivo:

I. De explotarla en su provecho durante el tiempo que fija la ley, ya sea por sí o por otros con su permiso:

II. De perseguir ante los tribunales a los que atacaren su derecho, ya sea por la fabricación industrial de lo patentado, ya por el empleo o uso industrial del procedimiento o método patentado, o bien porque con un fin comercial conserven en su poder, o pongan en venta, vendan o introduzcan, en el territorio nacional, uno o más efectos fabricados sin su consentimiento.

Como puede apreciarse del texto transcrito de la antigua Ley de la Propiedad Industrial de 1942, dicho ordenamiento ya se refería de modo explícito a las manifestaciones clásicas de los derechos del patentado, consistentes en la posibilidad del titular de la patente de impedir la fabricación, utilización, venta e importación del invento patentado, sin su autorización.⁴⁹

La Ley de 1942, última que adoptó un sistema en la determinación de los derechos del titular de la patente, a su vez se apoyó en un sistema similar al de la Ley de 1928, que en el artículo 5o. establecía:

Artículo 5o. El propietario de una patente tiene el derecho exclusivo:

I. De explotarla en su provecho durante el tiempo que fija la ley, ya sea por sí o por otros con su permiso.

II. De perseguir ante los tribunales a los que atacaren su derecho, ya sea por la fabricación industrial de lo patentado, ya por el empleo o uso industrial del procedimiento o método patentado.

⁴⁹ En el artículo 7 de la Ley de 1942 no se incluía expresamente la *utilización* del invento amparado por una patente de producto como conducta perseguible. Sin embargo, dicho artículo ya disponía que el propietario de una patente estaba legitimado para perseguir ante los tribunales a los que atacaren su derecho... porque con un fin comercial conserven en su poder... uno o más efectos fabricados sin su consentimiento. Puede, por tanto afirmarse, que la utilización del invento amparado por la patente, era una conducta perseguible en los términos del artículo 7 de la antigua Ley de 1942, siempre y cuando la *utilización* estuviese vinculada a la *posesión* de uno o más efectos fabricados sin el consentimiento del dueño de la patente ("conserven en su poder") a que se refería este artículo. Es a partir de la Ley de 1903 que el legislador mexicano elimina el *uso* del objeto de la invención como una manifestación expresa del derecho exclusivo. En cambio, en el artículo 8o., fracción II de la Ley de 1890 expresamente se establecía que los efectos de la patente son: "...privar á los demás del derecho de... *usar* del objeto de la invención, sin permiso del propietario de la patente".

o bien porque con un fin comercial conserven en su poder, o pongan en venta, vendan o introduzcan en el territorio nacional, uno o más efectos fabricados sin su consentimiento.

En el caso de fabricación industrial no se requiere de intención dolosa, para que se incurra en responsabilidad penal; siendo indispensable esa intención en los demás casos previstos por esta fracción II.

La Ley de 1928 a su vez estuvo inspirada en el texto de la Ley de 1903. El artículo 6o. de la Ley de 1903 establecía:

Artículo 6o. El propietario de una patente tiene el derecho exclusivo:

I. De explotarla en su provecho durante el tiempo que fija esta ley, ya sea por sí ó por otros con su permiso.

cho, ya por la fabricación industrial de lo patentado, ya por el

II. De perseguir ante los tribunales á los que atacaren su derecho de empleo ó uso industrial del procedimiento ó método patentado ó bien porque con un fin comercial conserven en su poder, ó pongan en venta, vendan ó introduzcan en el territorio nacional uno ó más efectos fabricados sin su consentimiento.

En el caso de la fabricación industrial no se requiere la intención dolosa, para que se incurra en responsabilidad penal; siendo indispensable esa intención en los demás casos previstos por esta fracción II.

Sin duda, la redacción y adopción del artículo 6 de la Ley de 1903 estuvieron influidas por la norma contenida en el artículo 8o. de la Ley de 1890, en donde se adopta por primera vez un sistema para precisar las principales manifestaciones del contenido del derecho exclusivo conferido por las patentes. El artículo 8o. de la Ley de 1890 decía así:

Artículo 8. Los efectos de la patente son:

I. Privar a toda persona sin permiso del propietario de la patente, del derecho de producir industrialmente el objeto de la invención, de ponerlo en el comercio y de venderlo.

II. Tratándose de un procedimiento, máquinas ó de cualquiera otro medio de explotación, de un instrumento ú otro medio de trabajo, el efecto de la patente es privar á los demás del derecho de aplicar el procedimiento ó de usar del objeto de la invención sin permiso del propietario de la patente.

Las leyes anteriores a la de 1890, esto es, las leyes de patentes de 1832 y 1820 no contenían norma explícita en lo tocante a las manifestaciones del derecho exclusivo. En dichas leyes, el legislador se limitó a resumir el contenido del derecho a través de la fórmula clásica, señalando que la patente confiere el derecho exclusivo a la explotación del objeto patentado.⁵⁰

Un texto similar al del artículo 7o. de la Ley de 1942, al del artículo 5o. de la Ley de 1928, al del artículo 6o. de la Ley de 1903 y al del artículo 8 de la Ley de 1890 no aparece en la Ley de 1975, ni en la Ley de 1991 en vigor. Se ha dicho que la Ley de 1991 incorpora novedades interesantes en materia de patentes; ello no obstante, en lo que se refiere a este aspecto específico, el legislador mexicano ha perdido una excelente oportunidad para volver al sistema que prevaleció en México desde la Ley de 1903 hasta la Ley de 1942, y que sin razón alguna fue eliminado por el legislador de 1975. El legislador mexicano también ha perdido una oportunidad para incorporar, al mismo tiempo, los adelantos que en esta materia se aprecian en las legislaciones más avanzadas sobre el tema,⁵¹ incluyendo por supuesto los que se han producido en los últimos cincuenta años.

19. La "fórmula clásica" en el Derecho de patentes mexicano

Como suele ocurrir en la redacción de las leyes de patentes, la de 1991 se refiere a la fórmula clásica que resume los derechos que la patente otorga, por la atribución del derecho exclusivo a la explotación del objeto patentado. Esta atribución aparece en los artículos 9 y 10 de la Ley. El artículo 9 de la Ley de 1991, dice así:

Artículo 9. La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por

⁵⁰ Esta fórmula clásica iba acompañada de la cláusula general en el caso del Decreto de las Cortes Españolas de 2 de octubre de 1820 (artículo 29).

⁵¹ Efectivamente, al legislador mexicano ha escapado esta excelente oportunidad, particularmente cuando se tiene presente que durante la vigencia de las leyes que han regido la protección de los inventos en los últimos 170 años, las leyes de patentes han sido objeto de revisión en ocho ocasiones. Un estudio de las principales reformas al sistema de patentes mexicano aparece en RANGEL ORTIZ, Horacio, *Las patentes en México: evolución y sistema actual*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, año 12, núm. 12, México, 1988, pp. 242 y ss.

otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley y su reglamento.

En el artículo 9 de la Ley de 1991 no se menciona expresamente el hecho que la patente confiere el derecho exclusivo de explotación del invento patentado, pues en esta disposición el legislador se ha limitado a indicar que la persona que realice una invención tendrá el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, sin mencionar expresamente que la atribución de ese derecho es precisamente a través de la patente. Por eso, complemento fundamental del texto del artículo 9 de la Ley lo constituye el texto del artículo 10, en donde el legislador ha redondeado la idea que se comenta. Dice el artículo 10 que

El derecho a que se refiere el artículo anterior se otorgará a través de patente en el caso de las invenciones y de registros por lo que hace a los modelos de utilidad y diseños industriales,

El derecho "a que se refiere el artículo anterior" es precisamente el *derecho exclusivo de explotación de una invención*, con lo cual se recoge en el derecho mexicano la fórmula clásica mencionada; es el análisis de los artículos 9 y 10 de la Ley lo que permite concluir que el legislador mexicano ha querido resumir los derechos del titular de la patente a través de la fórmula clásica ya indicada.

Por lo que hace a los antecedentes de la fórmula clásica prevista en los artículos 9 y 10 de la Ley de 1991, hay que decir que dicha fórmula clásica siempre ha estado presente en las leyes de patentes dictadas a partir del México independiente, esto es, a partir de la Ley de 1832.⁵²

⁵² El Decreto expedido por las Cortes Españolas el 2 de octubre de 1820 adoptaba la fórmula clásica de modo indirecto, pero muy claro, al mencionar en el artículo que contenía la *cláusula general*: "Artículo 20. El propietario de una invención, mejora ó introducción, tiene el derecho de perseguir ante los tribunales civiles a cualquiera que le turbe en el uso exclusivo de su propiedad". En la Ley de 1832 nada se dice respecto de las manifestaciones específicas de la exclusiva que se reconocida en los artículos 1o. y 2o. de dicho ordenamiento, pero en el artículo 1o. adopta la fórmula clásica. El artículo 1o. de la Ley de 1832 dice: "Para proteger el *derecho de propiedad* que tienen los inventores ó perfeccionadores de algún ramo de industria, se les concede *derecho exclusivo para poder usar de ella* en todos los Estados de la Federación, por el tiempo y bajo las condiciones que se expresan en esta ley"; y el 2o.: "El que invente ó perfeccione alguna industria en la República

20. Ausencia de un catálogo de supuestos típicos de usurpación de patente en el ordenamiento mexicano

Las observaciones hechas con motivo de la ausencia de un catálogo de manifestaciones específicas del derecho exclusivo a la explotación de

Mexicana, si quiere que el Gobierno le asegure la *propiedad*, presentará ante éste, ó ante el ayuntamiento del lugar en que desee plantear su proyecto, ó ante el de su residencia, ó ante el gobernador del Estado ó Territorio á que pertenezca ese lugar, la descripción exacta, acompañada de los dibujos, modelos y de cuanto se juzgue necesario para la explicación del objeto que se propone, firmado todo por él; y estas autoridades deberán darle un testimonio en forma, según el modelo número 1." El Reglamento de la Ley de 7 de mayo de 1832, sobre privilegio exclusivo á los inventores ó perfeccionadores de algún ramo de industria, expedido el 12 de julio de 1852, nada decía sobre el tema. El artículo 1o. de la Ley de 1890 se refería a la fórmula clásica en los siguientes términos: "Artículo 1o. Todo mexicano ó extranjero, inventor ó perfeccionador de alguna industria ó arte, ó de objetos á ellos destinados, *tiene derecho*, en virtud de lo que dispone el artículo 28 de la Constitución, á la *explotación exclusiva de ellos* durante un cierto número de años bajo las reglas y condiciones que se previenen en esta ley. Para adquirir este derecho se necesita obtener una patente de invención ó perfeccionamiento." El artículo 1o. de la Ley de 1903 a propósito de la fórmula clásica establecía: "Artículo 1o. Todo el que haya hecho alguna nueva invención de carácter industrial, puede *adquirir el derecho exclusivo*, en virtud de lo que disponen los artículos 28 y 85 de la Constitución á explotarla en su provecho, durante cierto plazo, bajo las reglas y condiciones que previene esta ley. Para adquirir este derecho se necesita obtener una patente de invención." Artículo 1o. de la Ley de 1928: "Todo el que haya hecho una invención del carácter establecido por el artículo 2o. de esta ley, tiene el *derecho exclusivo*, conforme al artículo 28 de la Constitución, de explotarla en su provecho, por sí o por otros, con su permiso, de acuerdo con las condiciones fijadas por esta ley y su reglamento. Ese derecho se adquiere previa la obtención de la patente respectiva." El artículo 1o. de la Ley de 1942 decía: "La persona física que haya hecho una invención del carácter establecido por el artículo 4o. de esta ley, o su causahabiente, tienen el *derecho exclusivo* de explotarla en su provecho, por sí o por otros con su permiso, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta ley y su reglamento. Este derecho se adquiere mediante la obtención de la patente respectiva." Ley de 1975. "Artículo 3o. La persona física que realice una invención o su causahabiente, tienen el *derecho exclusivo* de explotarla en su provecho, por sí o por otros con su permiso, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta ley y su reglamento. Este derecho se adquiere mediante el privilegio de patente que otorgue el Estado y su ejercicio estará sujeto a las modalidades que dicte el interés público (...)." Véase también el artículo 37 de la Ley de 1975 que establecía: "Con las limitaciones que establece esta ley, la patente confiere a su titular el *derecho de explotar en forma exclusiva* la invención, ya sea por sí o por otros con su consentimiento." El contenido de la fórmula clásica siempre lo han expresado los legisladores mexicanos en un solo artículo, lo que parece práctico y correcto. Llama la atención que el legislador mexicano de 1991 se haya valido de dos artículos (el 9 y el 10) para expresar la fórmula clásica.

una invención rebasan los aspectos estrictamente formales, entre otras cosas, debido a que en otras disposiciones del ordenamiento se hace referencia a limitaciones y delimitaciones de los derechos del titular de la patente, sin que existan normas explícitas que sirvan para ilustrar cuáles son esos derechos, que la propia ley limita. Es el caso de lo previsto en el artículo 21 de la Ley de 1991, que dispone: "*El derecho conferido por la patente estará determinado por las reivindicaciones aprobadas...*"⁵³ En la ausencia de un texto similar al que aparecía en las leyes de 1903, 1928 y 1943, cabría preguntarse ¿cuál derecho? Pregunta que, dadas las características de la Ley, en definitiva, habrá que contestar en términos de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley: *el derecho exclusivo a la explotación*.

El tema de las manifestaciones específicas del derecho exclusivo ha sido suficientemente explorado en el Derecho de patentes, lo que facilita el conocimiento del contenido del derecho; sin embargo, la ausencia del catálogo de manifestaciones del derecho, puede operar como un elemento entorpecedor del ejercicio del derecho, pues ese silencio acarrea ambigüedades en lo que se refiere a la forma específica como cada una de las manifestaciones de la exclusiva temporal habrá de hacerse efectiva. En la ausencia de una norma que catalogue los actos prohibidos al amparo de una patente, la determinación de los derechos del titular de la patente habrá que obtenerla del examen de las disposiciones de la ley.

Ya se ha dicho que en la doctrina y en el derecho comparado se está generalmente de acuerdo en que cuando el objeto de la patente concierna a un producto, su titular tendrá derecho de prohibir a terceros que realicen sin su autorización los siguientes actos:

- fabricar el producto;
- ofrecer el producto;
- introducir o poner en el comercio el producto;
- utilizar el producto;
- importar el producto;
- almacenar o poseer el producto para ofrecerlo;

⁵³ Un estudio sobre el papel que desempeñan las reivindicaciones en el ejercicio del derecho aparece en RANGEL ORTIZ, Horacio, *La descripción y divulgación de la invención y las reivindicaciones en la patente de invención*, ARS IURIS, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 7, México, 1992, pp. 133 y ss.

- almacenar o poseer el producto para ponerlo en el comercio;
- almacenar o poseer el producto para utilizarlo;

y que cuando el objeto de la patente concierna a un procedimiento, su titular tendrá el derecho de prohibir a terceros que realicen sin su autorización los siguientes actos:

- utilizar el procedimiento;
- ofrecer la utilización del procedimiento;
- ofrecer el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente;
- introducir en el comercio el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente;
- utilizar el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente;
- importar el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente para alguno de los fines antes mencionados;
- poseer o almacenar el producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente para alguno de los fines antes mencionados.

La idea de incluir un catálogo de actos prohibidos en las leyes de patentes cumple el doble propósito de dar a conocer al titular de una patente qué puede esperar del otorgamiento de una patente, así como el de alertar a terceros las conductas específicas de las que deberá abstenerse a los efectos de no invadir la exclusiva que confieren las patentes a su titular. Ello permite tanto a titulares de patentes, como a competidores, comerciantes y al público en general, hacer proyecciones y estimaciones apropiadas en torno a la fabricación, utilización y venta de productos que de una u otra manera se encuentran vinculados con una patente. Por tanto, la ausencia de un catálogo de actos prohibidos que cumpla con esta doble función, lejos de beneficiar a cualquiera de las partes aquí involucradas, las ubica en una situación de incertidumbre, lo que puede traducirse en una medida muy efectiva para ahuyentar los negocios. Parece pues claro que los efectos de vicios de esta índole en la redacción de un código de patentes, efectivamente trascienden el ámbito de lo académico.

Dicho lo anterior, procede ahora examinar el ordenamiento mexicano para conocer la forma como la ley vigente recoge los derechos que la doctrina, la jurisprudencia y las leyes reconocen en favor de los titulares de patentes. En otras palabras, habrá que examinar ahora si el titular de una patente mexicana está facultado para perseguir los actos antes enumerados, y en qué términos.

21. *Ilicitos por usurpación de patente: delitos e infracciones*

Los ilícitos en materia de propiedad industrial se encuentran contenidos en los artículos 213 y 223 de la Ley de 1991. El artículo 213 trata de las infracciones administrativas, y el 223 de los delitos. Sólo en el artículo 223 se encuentran referencias expresas a violaciones a los derechos exclusivos que confieren las patentes, violaciones que se conocen como delito de invasión o usurpación de patente; todas las demás conductas que turben el derecho exclusivo previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley, y que no se encuentren expresamente dispensadas por el ordenamiento, deberán perseguirse con apoyo en lo dispuesto en el artículo 213, fracción XI de la Ley. Volveremos a ello más adelante.

22. *Delitos*

De los distintos delitos previstos en el artículo 223 de la Ley de 1991, los que se relacionan con la invasión o usurpación de una patente son los previstos en las fracciones I a IV. El texto de estas disposiciones es el siguiente:

Artículo 223. Son delitos:

I. Fabricar o elaborar productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo de utilidad, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva.

II. Ofrecer en venta o poner en circulación productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo de utilidad, a sabiendas de que fueron fabricados sin consentimiento del titular de la patente o registro o sin la licencia respectiva.

III. Utilizar procesos patentados, sin consentimiento del titular de la patente o sin la licencia respectiva.

IV. Ofrecer en venta o poner en circulación productos que sean resultado de la utilización de procesos patentados, a sabiendas que fueron utilizados sin consentimiento del titular de la patente o de quien tuviera una licencia de explotación.⁵⁴

Parecería obvio insistir en el hecho que desde el momento en que el código de la propiedad industrial prevé como figuras delictivas ciertas conductas que consisten precisamente en la invasión de una patente, la posibilidad de perseguir tales conductas por parte del titular de la patente se traduce en uno de los derechos que la ley reconoce en favor de dicho titular; y sin embargo, no es así.

En el sistema penal mexicano la regla general es la persecución de oficio, mientras que la perseguibilidad mediante la querrela constituye la excepción; consecuentemente, la querrela solamente procede en los casos expresamente previstos por la ley: códigos o leyes especiales.⁵⁵ Considerando que tratándose de delitos que encuadran en la regla general no se excluye la posibilidad de que el afectado haga del conocimiento del Ministerio Público los hechos que se estima son violatorios de una patente, sólo así puede concluirse que en el texto del artículo 223, fracciones I a IV existen normas que aluden a los derechos del titular de una patente, en lo que al aspecto penal se refiere. Ello no obstante, recuérdese que en materia federal el ofendido no tiene carácter de parte en el procedimiento penal.⁵⁶

⁵⁴ Por su parte, el artículo 224 de la Ley de 1991 establece: "Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el importe de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quien cometa los delitos que se señalan en el artículo anterior, excepto los previstos en las fracciones X y XI, en cuyo caso las sanciones serán de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal."

⁵⁵ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Querrela*, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, p. 319.

⁵⁶ En ciertos países detenta el ofendido la acción para perseguir delitos públicos de los que ha sido víctima, o la acción privada, para promover el enjuiciamiento de aquellos de que ha sido víctima y que revisten tal carácter. En México el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) niega expresamente al ofendido el carácter de parte en el procedimiento penal. Si lo es, en cambio, con carácter excluyente del Ministerio Público, en el incidente de reparación del daño exigible a terceras personas. Según el artículo 141, CFPP, el ofendido puede proporcionar al M.P. todos los datos con que cuenta sobre la existencia del delito, responsabilidad del inculpaado y procedencia y monto de la responsabilidad pecuniaria. En semejantes términos está concebido el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. (CPPDF), pero aquí puede el ofendido poner estos datos directamente a disposición del juez, acceso que confiere a aquél una fisonomía

El hecho que del texto del artículo 223, fracciones I a IV de la Ley de 1991 se desprenden ciertos derechos, que la Ley reconoce en favor del dueño de la patente, queda además confirmado cuando la ley establece en el artículo 226 que

Independientemente del ejercicio de la acción penal, el perjudicado por cualquiera de los delitos a que esta Ley se refiere podrá demandar del o de los autores de los mismos, la reparación y el pago de los daños y perjuicios sufridos con motivo de dichos delitos;

y en el 227 que establece

Son competentes los tribunales de la Federación para conocer los delitos a que se refiere este capítulo, así como de las *controversias mercantiles y civiles y de las medidas precautorias* que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley. Cuando dichas controversias afecten sólo intereses particulares, podrán conocer de ellas a elección del actor, los tribunales del orden común.

Es cierto que sólo en el artículo 223, fracciones I a IV se encuentran referencias expresas a violaciones de los derechos exclusivos que confieren las patentes. Sin embargo, en estas cuatro fracciones únicamente se contienen las violaciones al derecho de patente que pueden tomar la forma del delito de invasión o usurpación de patente. Esta situación no debe entenderse como significando que los derechos del patentado en nuestro país están limitados a la posibilidad de perse-

a todas luces singular. Esta fisonomía se refrenda al amparo de otros preceptos del mismo ordenamiento. Así, el artículo 70, CPPDF permite al ofendido o a su representante, comparecer en la audiencia y alegar lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores, facultad que se confirma, respecto al procedimiento ante jurado popular, por el artículo 360, que confiere a la parte ofendida intervención en la audiencia sobre los hechos, y por el artículo 379, CPPDF, que se le otorga en la audiencia de Derecho. *No existen normas similares en la legislación federal.* Otras particularidades ofrece, dentro de la misma línea el CPPDF: la fracción III del artículo 217, CPPDF, faculta al ofendido para apelar cuando él coadyuve en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta; *tampoco ahora hay precepto federal equivalente.* Asimismo, el CPPDF concede intervención al ofendido en otros actos procesales, como la promoción de la acumulación de procesos a que se refiere el artículo 487. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, p. 288.

guir las conductas, que por una u otra razón, el legislador mexicano ha querido ubicar en el artículo 223 como delitos.

Suponer que los actos prohibidos son sólo aquellos que aparecen en las fracciones I a IV del artículo 223 de la ley, implicaría una extraordinaria limitación del derecho consagrado en los artículos 9 y 10 de la Ley, que no es otro sino el derecho *exclusivo* de explotación del invento patentado; los actos prohibidos a que se refiere el artículo 223 de ninguna manera agotan lo que se ha estado de acuerdo constituye el derecho *exclusivo*, sino únicamente ciertas manifestaciones de ese derecho, previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley, que tiene como limitantes las previstas en el artículo 22 de la Ley, a propósito de las situaciones en las que una patente no surte efectos, y en los artículos 70 y 77 que tratan de las licencias obligatoria y de utilidad pública (licencias no voluntarias), respectivamente.

23. Limitaciones al derecho exclusivo

En la ley se precisan de modo específico y limitado las situaciones en las que no opera el derecho *exclusivo* previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley. Es decir, el contenido del derecho *exclusivo* tiene ciertas limitantes impuestas tanto por la naturaleza misma del derecho, como por razones de índole distinta, que nos abstendremos de examinar por ahora. Esas limitantes se encuentran previstas en el artículo 22 de la Ley de 1991, y están complementadas con las normas que tratan sobre las licencias no voluntarias.

El artículo 22 de la Ley dispone lo siguiente:

Artículo 22. El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:

I. Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado;

II. Cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio.

III. Cualquier persona que, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de prioridad

reconocida, utilice el proceso patentado, fabrique el producto patentado o hubiere iniciado los preparativos necesarios para llevar a cabo tal utilización o fabricación.

IV. El empleo de la invención de que se trate en los vehículos de transporte de otros países que formen parte de ellos, cuando éstos se encuentren en tránsito en territorio nacional;

V. Un tercero que, en el caso de patentes relacionadas con materia viva, utilice el producto patentado como fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos, salvo que dicha utilización se realice en forma reiterada, y

VI. Un tercero que, en el caso de patentes relacionadas con productos que consistan en materia viva, utilice, ponga en circulación o comercialice los productos patentados, para fines que no sean de multiplicación o propagación, después de que éstos hayan sido introducidos lícitamente en el comercio por el titular de la patente, o la persona que tenga concedida una licencia.

La realización de cualquier actividad contemplada en el presente artículo *no constituirá infracción administrativa o delito en los términos de esta Ley*.⁵⁷

Por su parte, el artículo 70 de la Ley se refiere al tema de las licencias obligatorias por falta de explotación y el 77 a las licencias de utilidad pública. A una y a otra figura se les conoce bajo el nombre genérico de *licencias no voluntarias*, precisamente porque éstas se conceden aun en la ausencia de la voluntad del dueño de la patente, sin que el dueño de la patente esté en condiciones de ejercitar el derecho exclusivo a que se refieren los artículos 9 y 10 de la Ley. A las licencias no voluntarias también se les ha llamado *licencias condicionales*, precisamente porque su otorgamiento está sujeto al cumplimiento de ciertas *condiciones* que establece la ley y que suplen la voluntad del dueño de la patente.⁵⁸ Es decir, se trata de situaciones específicas en

⁵⁷ Los antecedentes del artículo 22 de la Ley de 1991 arrancan de la Ley de 1890 (artículo 9). Vuelven a aparecer en todos los demás ordenamientos que han regido la materia: Ley de 1903 (artículo 7), Ley de 1928 (artículo 6), Ley de 1942 (artículo 8) y Ley de 1975 (artículo 39).

⁵⁸ Sobre este tema véase, SALAMOLARD, Jean-Marc, *La licence obligatoire en matière de brevets d'invention, Etude de droit comparé*, Librairie Droz, Genève, 1978. Para un examen sobre el tema de las licencias obligatorias en el Derecho mexicano véase RANGEL ORTIZ, Horacio, *Working of Patents and Compulsory Licensing in Mexico*, Licensing Law and Business Report, vol. 4, June-July, 1981, Clark Boardman Company, Ltd. New York, N.Y., y *The New Regime of Exploitation of Patents and The Granting of Compulsory Licenses in the Mexican Law*

las que la voluntad y el consentimiento manifestados por el dueño de la patente son un tema de nula trascendencia a los efectos de establecer la legalidad en la explotación de una patente por parte de un tercero. Son condiciones independientes a la voluntad del dueño de la patente las que determinan la procedencia o no de la concesión de la licencia. En estas situaciones, la Ley establece los mecanismos que deben instrumentarse y las condiciones que deben cumplirse para que el tercero esté en posibilidad de explotar legalmente la patente, aun en la ausencia del consentimiento del dueño de la patente.⁵⁹

Las normas básicas que tratan de las licencias obligatorias y de las licencias de utilidad pública en la ley en vigor dicen así:

Artículo 70. Tratándose de invenciones, después de tres años contados a partir de la fecha del otorgamiento de la patente, o de cuatro años de la presentación de la solicitud, según lo que ocurra más tarde, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría la concesión de una *licencia obligatoria* para explotarla, cuando ésta no haya sido, salvo que existan causas técnicas o económicas justificadas.

Artículo 77. Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, la Secretaría, por declaración que se publicará en el Diario Oficial, determinará que la explotación de ciertas patentes pueda hacerse mediante la concesión de *licencias de utilidad pública*, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos para la población.

on Patents, ASIPI, volume 2, Buenos Aires, Argentina, 1988. Véanse también los comentarios alusivos al tema de las licencias obligatorias en los siguientes trabajos del mismo autor: *Las patentes en México. Evolución y sistema actual*, op. cit., XIII. "Explotación de patentes y licencias obligatorias", pp. 258-262; *Patent-Related Revisions to the Mexican Legislation*, International Review of Industrial Property and Copyright Law (ICC), Max-Planck Institut Fur Ausländisches und Internationales patent-urheber-und wettbewerbsrecht, 1989, Munchen; *Mexican Patent Regulations and Tax Reforms*, Patent World, Issue Fifteen, Intellectual Property Publishing Ltd., London, may 1989. Sobre el tema de la explotación de las patentes, véase RANGEL MEDINA, David, "La explotación de patentes en la actual jurisprudencia mexicana", *Juridica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 15, México, 1983.

⁵⁹ Véanse los artículos 62 a 77 de la Ley de 1991.

24. *Actos que turben, restrinjan, impidan o entorpezcan el derecho exclusivo, que no constituyan delito, constituyen infracciones administrativas*

Fuera de las situaciones previstas en el artículo 22 de la Ley, que sirven para precisar de modo específico y limitado aquellas situaciones en las que no opera el derecho exclusivo previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley, y de los casos de licencias no voluntarias, el contenido de la norma prevista en los artículos 9 y 10 de la Ley, conserva todo su vigor, y por tanto debe respetarse. Se trata de una norma jurídica que exige una conducta de modo *absoluto*.

Las normas contenidas en los artículos 22, 70 y 77 de la Ley constituyen disposiciones de excepción del ejercicio de un derecho; es por ello que deben interpretarse precisamente como lo que son, como disposiciones de excepción y, por tanto, de manera restrictiva. De ello se sigue que, fuera de los casos previstos en estas tres disposiciones, toda conducta que turbe, restrinja, impida o entorpezca el derecho exclusivo consagrado en los artículos 9 y 10 de la Ley y que no esté prevista en el artículo 223, fracciones I a IV, deberá reprimirse con apoyo en lo dispuesto por el artículo 213, fracción XI de la Ley, que establece que son infracciones administrativas; las demás violaciones a las disposiciones de esta ley que no constituyan delitos.

La finalidad de normas redactadas con las características del artículo 213, fracción XI, no es otra que la de impedir que permanezcan impunes aquellas conductas que, siendo violatorias de una disposición de la Ley, no aparecen expresamente consignadas como delitos. Tal es el caso de conductas que turban el derecho exclusivo previsto en los artículos 9 y 10, y que ello no obstante, no aparecen en el artículo 223. Es decir, no se trata de conductas típicas que constituyan delito, pero sí de acciones antijurídicas que se encuentran en contradicción con el derecho, específicamente con el derecho exclusivo que la Ley confiere a los dueños de patentes. La invasión de patente tendrá lugar en estos términos cuando no existan en el ordenamiento jurídico, tomado en su conjunto, preceptos que autoricen o permitan la conducta de que se trata, que como ya se ha visto, en el ordenamiento mexicano son inexistentes fuera de los casos de excepción contenidos en los artículos 22, 70 y 77.

Por último, el hecho que el legislador mexicano ha querido reprimir la violación al derecho exclusivo a que se refieren los artículos

9 y 10 de la Ley a través de dos regímenes, esto es, el de los delitos y el de las infracciones, queda corroborado con la lectura del último párrafo del artículo 22 de la Ley, que se ocupa de las limitaciones del derecho. Ahí, a propósito de las actividades no perseguibles por el dueño de la patente, dice el legislador:

La realización de cualquier actividad contemplada en el presente artículo no constituirá *infracción administrativa* o delito en los términos de esta Ley.

Eso confirma que todo acto no comprendido en el artículo 223 de la Ley, que restrinja, entorpezca o impida el ejercicio del derecho exclusivo previsto en la norma contenida en los artículos 9 y 10 en favor del dueño de la patente, deberá reprimirse como una infracción administrativa.⁶⁰

VI. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PATENTES EN EL DERECHO MEXICANO

El artículo 22, fracción II, de la LPI de 1991 dispone que el derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: II. Cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio.

Es decir, se trata de la disposición que reglamenta el tema del agotamiento del derecho de patentes en la ley mexicana.

25. *El concepto de "licitud" en el artículo 22, II de la ley mexicana, tiene una acepción restringida*

Del artículo 22, fracción II, lo que hay que comentar por ahora es el significado del término "lícitamente", pues a partir de su vigencia se ha especulado mucho sobre el alcance y el significado de lo que

⁶⁰ En términos similares se pronunciaba el legislador de 1942 al disponer en el artículo 243: "Todo acto doloso no comprendido en los artículos anteriores, que restrinja, entorpezca o impida el ejercicio legítimo de los derechos que concede esta Ley al dueño de una patente, será castigado con prisión de tres días a un año, y multa de diez a mil pesos, o con una sola de estas penas, a juicio del Juez.

debe entenderse por "...luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio".

Se ha dicho, por ejemplo, que la licitud en la introducción en el comercio puede provenir del hecho que el producto amparado por la patente haya sido introducido por un tercero distinto al titular de la patente una vez que contaba con los permisos administrativos correspondientes, como podría ser la licencia o permiso expedido por las autoridades sanitarias para permitir la comercialización del producto en el país.

Se ha dicho también que la licitud en la introducción en el comercio puede provenir del hecho que la persona que comercialice el producto amparado por una patente mexicana lo obtuvo por parte de un no existe patente, y que por tanto el producto fue introducido lícitamente por un tercero distinto al titular de la patente mexicana en un país en el que no existe patente en México.

Se estima que ninguna de las dos apreciaciones antes mencionadas es correcta por las siguientes razones.

En primer lugar debe decirse que conforme a las reglas que rigen la licitud de la introducción de un producto patentado en el comercio, lo mismo en el derecho comparado que en jurisprudencia de otros países y en la doctrina, la licitud únicamente puede provenir del hecho que dicha introducción en el comercio haya ocurrido como consecuencia de un acto volitivo del que es responsable el dueño de la patente, tratándose de una introducción en el comercio realizada de modo directo por el propio dueño de la patente o bien de una introducción en el comercio realizada por un tercero distinto al dueño de la patente pero con el consentimiento del dueño de la patente, como sería el caso de un licenciario del dueño de la patente. Estos son los dos casos básicos que, conforme a los criterios antes mencionados, han regido la cuestión sobre si el producto amparado por la patente fue o no introducido lícitamente en el comercio, condición indispensable para que se produzca el agotamiento del derecho. De ello se sigue que la licitud que debe caracterizar la introducción de un producto patentado en el comercio, únicamente puede tener como origen la voluntad del dueño de la patente en el país de concesión de la patente y en el territorio de concesión de la misma patente, en los términos señalados.

De ello se sigue que la introducción del producto patentado en el comercio por un tercero distinto al dueño de la patente y sin el con-

sentimiento del dueño de la patente, no reviste la característica de haber ocurrido lícitamente. Como se ha visto, cuando se habla de una introducción lícita en el comercio, en este contexto, el concepto de licitud tiene una acepción restringida, distinta a la que corrientemente le concede el público, como se ha manifestado en la literatura especializada sobre el tema.

26. *El concepto de "licitud" en el artículo 22, II y el dictamen de las comisiones del Congreso*

Si la literatura aludida no fuera suficiente para que el término licitud en el contexto del artículo 22, fracción II de la ley mexicana se interpretase y aplicase conforme los criterios mencionados, y si hubiera alguna duda sobre la intención del legislador mexicano en cuanto a los alcances de esta disposición, basta revisar el dictamen de las comisiones que estudiaron la iniciativa de ley enviada por el Ejecutivo al Congreso, para confirmar que la introducción del producto patentado en el comercio únicamente puede ocurrir como consecuencia de un acto volitivo del que es responsable el propio dueño de la patente en el país de concesión.

Efectivamente, en la fracción II del artículo 22 no se hace mención expresa al hecho que el carácter lícito de la introducción del producto patentado en el comercio debe necesariamente haber ocurrido como consecuencia de un acto del que es responsable el dueño de la patente o su licenciario. Ello no obstante, obsérvese que cuando la iniciativa fue enviada al Congreso la fracción II del artículo 22 hacía mención expresa a esta condición. La iniciativa decía:

El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:

II. Cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio por el titular de la patente o por la persona a quien le conceda licencia.

Queda comprendida en este supuesto la importación del producto patentado u obtenido directamente del proceso patentado que realice cualquier persona para su uso o comercialización en México o para su incorporación en productos destinados al mer-

cado nacional o a la exportación, en los términos y condiciones que señale el reglamento de esta Ley.

En efecto, cuando se tuvo noticia de la eliminación de las expresiones "por el titular de la patente o por la persona a quien le conceda licencia" del proyecto original, se especuló sobre si la introducción en el comercio a que se refiere la fracción II del artículo 22 podría ocurrir como consecuencia de un acto del que era responsable un tercero distinto al titular de la patente o su licenciatarario. Sin embargo, el dictamen de las comisiones que eliminaron las expresiones contenidas en la iniciativa deja claro que dicha interpretación del concepto de licitud no es viable ni posible. Dice el Dictamen:

Artículo 22 fracción II:

Se encuentra dentro del Capítulo Segundo (De las Invencciones) del ya referido Título Segundo del Proyecto de ley que nos ocupa y se refiere a aquellos casos en que no producirá efecto el derecho que confiere una patente y en particular a la hipótesis de que alguna persona comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio. *Al respecto, el Senado aprobó que dicha introducción lícita al comercio debería hacerse por el titular de la patente o por la persona a quien le conceda licencia.* Se estima atendible el razonamiento de la H. Colegisladora para omitir este último señalamiento, toda vez que resulta redundante su mención porque dicha explotación lícita comercial sólo pueda ser hecha por el titular de la patente o por la persona a quien le conceda licencia.

Respecto de las razones que llevaron a los legisladores a eliminar el segundo párrafo de la fracción II del artículo 22, nada dice el Dictamen de las Comisiones.

Lo que importa es que si, como dice el Dictamen, la referencia al hecho que la introducción debe practicarse por el dueño de la patente o su licenciatarario a los efectos que dicha introducción esté revestida de la necesaria licitud para que se produzca el agotamiento del derecho, resultaba efectivamente redundante, toda vez que la introducción —en tanto acto de explotación— únicamente la puede realizar lícitamente el dueño de la patente o su licenciatarario, entonces, siempre que se lea el texto del artículo 22, II de la ley habrá que entender "... lue-

go de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio por el titular de la patente o por la persona a quien le conceda licencia".

Está claro que la lícita introducción en el comercio únicamente puede ocurrir como consecuencia de la introducción del producto en el comercio derivada de un acto volitivo del dueño de la patente, y no cuando éste ha sido introducido por un tercero que no cuenta con la autorización o la licencia correspondiente, otorgada precisamente por el dueño de la patente.

27. *El agotamiento previsto en el artículo 22, fracción II de la ley es un agotamiento ordinario o local y por tanto, quedan prohibidas las importaciones paralelas*

También hay que comentar otra situación en relación con el ámbito geográfico de aplicación del artículo 22, fracción II, que ha dado lugar a interpretaciones especulativas, que se estiman incorrectas.

Se ha dicho que cuando el producto es introducido en el comercio en un país distinto al de concesión, en este caso México, y en donde el titular de la patente mexicana no dispone de una patente correspondiente, digamos en Taiwan, para luego exportarlo a México, se podría estar dentro del supuesto a que se refiere la fracción II del artículo 22, ya que la introducción en el comercio ocurrió en un país en donde el titular de la patente mexicana carece de medios legales que le permitan afirmar que dicha introducción fue ilícita.

Efectivamente, no se cuestiona que en la ausencia de una patente en el país en que se introduce el producto patentado en México, el dueño de la patente mexicana no dispone de acciones que permitan impedir dicha introducción en el comercio del país extranjero, por lo menos por lo que hace al derecho de patentes. Sin embargo, de esta imposibilidad de accionar en el país extranjero, de ninguna manera puede provenir el carácter lícito de la introducción del producto en el comercio allá ocurrida con efectos extraterritoriales a surtirse en el territorio mexicano. Ello es así, en primer lugar, porque las leyes tienen un ámbito espacial de validez cual es el del territorio de su promulgación, y las leyes mexicanas en general, y en particular las de patentes, no constituyen una excepción a esta regla. Cuando las leyes domésticas adquieren un carácter extraterritorial o cuando el legislador intenta atribuir ciertos efectos a surtirse en la situación mexicana

como consecuencia de un acto ocurrido en el extranjero, las leyes así lo mencionan (es, por ejemplo, el caso de la pérdida de novedad en México por una divulgación ocurrida en el extranjero fuera del plazo de la prioridad; los efectos que el artículo 151, III atribuye al uso anterior de una marca realizado en el extranjero, y otras situaciones en las que expresamente se hace mención a la extraterritorialidad de la norma); estas menciones se encuentran ausentes en el texto del artículo 22, fracción II. La ausencia de menciones expresas a los efectos extraterritoriales de la norma que se comenta en manera alguna es accidental. Por el contrario, el carácter estrictamente territorial que reviste el artículo 22, fracción II obedece a la naturaleza de las cosas y específicamente al hecho que los derechos de patentes son estrictamente territoriales, y por lo mismo las reglas que les son aplicables a propósito de su explotación. Así lo ha reconocido la doctrina más autorizada y la jurisprudencia de los tribunales del extranjero favorecida con las críticas de los comentaristas legales de más autoridad. El carácter territorial de este derecho y de la reglamentación legal que le es aplicable queda confirmado con el ejemplo que se acaba de mencionar a propósito de la imposibilidad del titular de la patente mexicana de accionar en contra de un tercero que introduce el producto amparado por la patente mexicana en un país distinto a México en que no dispone de una patente, por virtud de lo que disponen las leyes del país extranjero en donde ocurre la introducción por parte del tercero. Las mismas reglas rigen para el tercero respecto de los efectos que pudieran tener en el medio mexicano los actos que ocurrieron en el extranjero. Es decir, que en este caso, los actos de introducción llevados a cabo en el extranjero de ninguna manera generan el agotamiento a que se refiere el artículo 22, fracción II de la ley mexicana, precisamente por el carácter territorial de esta disposición.

El carácter territorial que debe estar presente en la interpretación y aplicación de la norma que se comenta, queda aún más claro cuando se tiene presente que no son sólo los actos de introducción realizados en el extranjero por un tercero distinto al titular de la patente mexicana los que están desprovistos de material generador del agotamiento del derecho a que se refiere la fracción II del artículo 22, pues es claro que el agotamiento a que se refiere esta fracción tampoco podría generarse en México como consecuencia de una introducción realizada en el extranjero por el propio dueño de la patente mexicana o por un tercero con su autorización. Efectivamente, en el país extranjero

se habrá generado el agotamiento local, pero sin consecuencia alguna para la situación mexicana en donde el titular de la patente mexicana puede ejercitar los derechos que confiere el ordenamiento mexicano a los dueños de patentes concedidas en México. Esto último, una vez más, por razón del carácter territorial de la ley de patentes y de los derechos que bajo su régimen se otorgan.

Por lo demás, no hay que insistir en que cuando efectivamente se presentan en la realidad los supuestos de los que arranca el agotamiento del derecho, es decir, cuando el producto patentado es introducido en el comercio en México por el titular de la patente o por su licenciario, el agotamiento se produce con independencia de la voluntad del dueño de la patente, lo que tiene como consecuencia la imposibilidad del dueño de la patente de accionar en contra de terceros que comercialicen, distribuyan o vendan el producto patentado previamente introducido en el comercio en México por el propio titular de la patente o por su licenciario.

Entendida la importación paralela como la introducción en el territorio mexicano de un producto patentado en México que ha sido fabricado en el extranjero por el dueño de la patente mexicana (o por su licenciario) y ha sido introducido en el comercio del país extranjero por el propio dueño de la patente mexicana (o por su licenciario), hay que decir que la noción de importación paralela tolerada en materia de patentes es desconocida en la reglamentación actual que rige los derechos del patentado en México. Es decir, en el Derecho mexicano de patentes no existe el concepto de agotamiento internacional y por tanto, tampoco son de tolerarse las importaciones paralelas en materia de patentes.

En apoyo adicional a lo que aquí se ha concluido, se llama la atención al hecho que en la Ley que hoy rige esta materia, como fuera aprobada por el Congreso, los legisladores mexicanos eliminaron el segundo párrafo de la fracción II del artículo 22 como aparecía en la iniciativa. Como ya se ha visto, el segundo párrafo de la fracción II, se refería expresamente a la posibilidad de importar el producto objeto de la patente, cuando se hubiesen surtido los presupuestos del agotamiento previstos en el primer párrafo de la fracción II del artículo 22 de la iniciativa. La eliminación del segundo párrafo que se menciona, en donde aparecía la palabra "importación", confirma la conclusión que aquí se expone, incluyendo la voluntad y la intención

de los legisladores mexicanos de apartarse de todo lo que se aproximase al concepto de importación paralela en materia de patentes.

La lectura de la iniciativa enviada por el Ejecutivo al Congreso, pone de manifiesto que los autores de la iniciativa no sólo estuvieron tentados a adoptar un sistema de agotamiento internacional, sino que en su propuesta de ley realmente adoptaron un mecanismo de agotamiento internacional, como el que se adoptó con posterioridad en la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena —artículo 35, a)—. Se desconoce quién asesoró al Senado mexicano, en este punto específico; lo que es un hecho es que con la eliminación del segundo párrafo de la fracción II del artículo 22 como se contenía en la iniciativa enviada por el Ejecutivo, el Senado mexicano impidió que se desbordaran una oleada de críticas al sistema de patentes mexicano, como las que ahora pueden hacerse al sistema previsto en el artículo 35, a) de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Con la eliminación del segundo párrafo de la fracción II del artículo 22 de la iniciativa, el Senado mexicano no sólo contribuyó a los fines antes mencionados, sino que además salvó a nuestro país de un ridículo internacional, toda vez que en el mismo segundo párrafo se proponía un "agotamiento internacional a la mexicana" con efectos en el extranjero. Efectivamente, la iniciativa también preveía que cuando los presupuestos del agotamiento se hubiesen surtido en términos del primer párrafo de la fracción II del artículo 22, el dueño de la patente estaba impedido de perseguir la *exportación* del producto objeto de la patente a otros países. Es decir, que la propuesta de los autores de la iniciativa sugería al Congreso Mexicano legislar no sólo en México sino en otros países. La demagógica propuesta fue oportunamente rechazada por el Senado mexicano, consciente de que toda referencia a la exportación no era sino un engaño a los posibles exportadores, quienes habrían de verse expuestos al decomiso de la mercancía o a otros riesgos propios de la usurpación de una patente en cualquier país del extranjero, tan pronto como intentara introducir el producto objeto de la patente en el país al que la mercancía estaba destinada, a menos que dicha mercancía tuviera como destino algún país que aplicase el artículo 35, a) de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

En conclusión, la ley mexicana de 1991 conserva el principio general que rige el agotamiento del derecho en materia de patentes, que no es otro sino el del agotamiento local. El agotamiento internacional

únicamente se conoce en los mercados integrados como el de la Comunidad Económica Europea, y se justifica por razón de la supremacía del derecho comunitario respecto del derecho doméstico de cada uno de los países miembros que lo integran, situación ausente en el caso de México y los demás países de la comunidad internacional, vecinos o remotos.

28. *Las importaciones paralelas en materia de patentes como infracción administrativa*

Tema muy distinto al que hasta aquí se ha tratado es el de la aplicación práctica de las normas que permitan al dueño de una patente mexicana hacer frente a situaciones que pretenden confundirse con un agotamiento internacional. Es claro que en las situaciones ilustradas caracterizadas por la introducción de un producto en el comercio de un país extranjero por parte de un tercero distinto al titular de la patente mexicana, con o sin el consentimiento del dueño de la patente, para después exportarlo a México o para ser importado por un nacional mexicano, en nada le favorecen al exportador o al importador las reglas contenidas en el artículo 22, fracción II. Ello no obstante, el titular de la patente mexicana tendrá que superar la barrera aparente que levanta el legislador mexicano en contra de los dueños de patentes mexicanas para accionar en contra del vendedor, importador o comercializador nacional de un producto patentado en México pero fabricado en el extranjero, que sin la autorización del dueño de la patente mexicana pretende comercializarlo en México. Las cosas tienen esa apariencia por virtud del texto del artículo 223 de la ley mexicana que no menciona expresamente el hecho que el dueño de una patente está facultado para accionar en contra de los vendedores, importadores o comercializadores nacionales de productos amparados por la patente mexicana, como ocurre en el caso de las leyes redactadas conforme al principio universal en materia de patentes que reconoce expresamente en favor del dueño de la patente la posibilidad de impedir que un tercero no autorizado comercialice un producto patentado en el territorio de concesión, con independencia del hecho que la fabricación haya ocurrido en el país de concesión o en el extranjero. En la redacción de las fracciones que tratan de este tema en el artículo 223 de la ley mexicana no se hace referencia al hecho que cuando el producto hubiese sido fabricado en el extranjero, su comer-

cialización o puesta en venta es libre en México. Sin embargo, las diversas interpretaciones a que pueden dar lugar las fracciones que tratan del delito de invasión de patente en el artículo 223, hacen recomendable que su texto sea revisado en una próxima reforma del ordenamiento mexicano, para conformarlo a lo que los códigos ejemplares en materia de patentes reconocen de modo claro e indubitable en favor de los dueños de patentes. En esos sistemas, por otra parte, existe la convicción que sólo un sistema de patentes que prevea acciones eficaces y claras para la defensa de estos títulos, puede contribuir a los logros que se persiguen con el otorgamiento de patentes.

Mientras eso ocurre en nuestro país, y mientras la aplicación del artículo 223 de la Ley suscite dudas en cuanto a su efectividad para oponerse a las importaciones paralelas en materia de patentes, habrá que acudir a la norma contenida en el último párrafo del artículo 213, para apoyar la persecución de importaciones paralelas, en tanto actos violatorios de la norma contenida en los artículos 9 y 10 de la Ley de 1991.

COMPUTER SOFTWARE AND THE NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT: WILL MEXICAN LAW REPRESENT A TRADE BARRIER?¹

Luis C. SCHMIDT²

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Computer software protection under mexican intellectual property law and free trade trends: Part I: Copy-right. Part II: Patents. Part III: Trade secrets.* III. *Conclusions.*

I. INTRODUCTION

§ 1.1 *Mexico, Modernity and Free Trade*

Nowadays there is probably no country in the world not trying to modernize through protection of intellectual property rights. Structures, systems and forms can be diverse and vary however, depending on the level of development achieved by in particular by each country.

Since 1983 Mexico has conducted a structural change of former industrial protectionist policies, by slowly opening its borders to international trade, technology and investment. Internal modernization rules and policies have been introduced³ and as a result, international competitiveness and economic development have been more perceptible.

¹ © Luis C. SCHMIDT, 1992.

² The author wishes to express his gratitude to Richard E. Neff, Esq., for his assistance in reviewing this exercise and to William O. Hennessey, Esq., for the help in collecting material relating to U.S. Computer Software Law.

³ The National Program of Industrial and Foreign Trade Modernization (*Programa Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior*), has set premises as to industrial and trade development looking forward to the internationalization and privatization of the economy; achievement of development through the fostering of technology transfer and intellectual property; economic deregulation; internal market solidification and promotion of exportations. Jaime SERRA PUCHE, *Las Relaciones Comerciales de México con el Mundo*, Conference given on april 18, 1990 and published by Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, p. 10.

This dynamic process of development has been also observed by the increase of finished products exportations.⁴

The economic perspective of the world is also changing. This is mostly perceived, on the one hand, by regionalism projects in Europe and Pacific Rim and on the other hand, by the collapse of communism, followed by the need of former socialist countries to start new forms of development based on free market principles. These historic changes and trends have led Mexico to find partners and alliances in the international community. The problem has been where to look; to the south Mexico shares historic and cultural identity with practically every Latin American State, however, there is not a large trade existing among these countries.⁵

There are thus very strong reasons why Mexico has looked north instead. Geographically speaking Canada, United States of America (U.S.A.) and Mexico, total a population of 356 million inhabitants and an internal gross income of 6 million U.S.cy. Likewise, commerce between Mexico and its neighbors to the north has increased significantly. The U.S.A. represents Mexico's principal partner, whereas Mexico constitutes U.S.A.'s third partner, only after Canada and Japan.⁶ With respect to Canada, a stronger and more important commercial relationship has been developing lately. One reason has been that both countries complement as to diversity of climates and natural resources. Also, an active trade of manufactured goods can be added

⁴ Non-petroleum products exportations increased from five thousand U.S.cy. in 1982, up to seventeen thousand million in 1990. Taken from *Organización de los Trabajos Preparatorios del Tratado de Libre Comercio con Norteamérica*, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1992, p. 5.

⁵ Trade with Latin American countries represents only 4% of Mexican foreign trade, although in 1980 the Latinamerican Integration Association (ALADI) was created, with the purpose of establishing an area of economic advantages, including regional tariff preference measures. However, this has rather resulted in highly elevated levels of protectionism. Taken from *Las Relaciones Comerciales de México con el Mundo*, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1992, p. 21.

⁶ During the last part of the XIX Century, a 70% of Mexican exportations were sent to the USA and 50% of Mexican importations used to come from said country. More recently, more than 70% of the total exportations sent to the USA correspond to manufactured products, as compared with a 32% prevailing eight years ago. Taken from *Organización de los Trabajos Preparatorios...*, *opus cit.*, pp. 5-6. As to trade agreements, during the eighties, many bilateral agreements were negotiated in order to eliminate obstacles in some concrete areas, however, tariff and non-tariff impositions still exist between the two countries.

as well.⁷ Lastly, the free agreement between Canada and U.S.A. of January 1988, has positively fostered commercial flux and investments by reducing tariff barriers, by eliminating non-tariff barriers and by implementing mechanisms for the solving of disputes.

§ 1.2 Trade and Intellectual Property Around the World

Because one of its principal aims is the free movement of goods, free trade would never develop properly if intellectual property rights are not protected. Article XX(d) of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)⁸ and article 36 of the Treaty of Rome,⁹ have been fundamental for the balancing of the interests of traders and intellectual property owners.¹⁰ Both GATT and the Treaty of Rome, as international multilateral conventions regulating trade, seek a system in which unfair trade practices and anti-counterfeiting measures are effectively enforced.

⁷ In 1987 Mexico was already Canada's 9th purveyor and represented its 15th market. On the other hand, Canada was considered number 5 among Mexican commercial partners. Petroleum was Mexico's most demanded item during the seventies and first years of the eighties. This changed later and in 1987, exportation of manufactured and agricultural products came up to diversify the existing trade. Pursuant trade agreements between Canada and Mexico, before 1990 they had subscribed some general agreements on trade and industrial and energetic cooperation. In 1989 they signed an agreement related to trade and investment, fostering cooperation and understanding in some areas like textile, agriculture and livestock, fishing, automobile, mining, forestal, investment, technology transfer, assembly plants, tariffs and general preference systems. *Ibid.*, pp. 6-11.

⁸ "Contracting Parties to the original Agreement decided to place intellectual property rights on the list of subjects that article XX(d) excepted from the GATT's overall legal regime." J. H. REICHMAN, *Intellectual Property In International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, volume 22, 1989, number 4, p. 756.

⁹ Establishes some exceptions to the free movement of goods principle, including the protection of industrial and commercial property.

¹⁰ Despite the important contribution of article XX(d) to the GATT, there has been a longstanding battle between developed and developing countries as to protection of intellectual property rights. Whilst in developed countries there is a position to worldwide implementing effective rules combating the non-authorized use or exploitation of intellectual property rights, there is a tendency in developing countries to free ride on intellectual goods originating in industrialized countries. The foregoing has arisen out from the lacunae existing in the Great International Conventions to providing a proper enforcement system. J. H. REICHMAN, *ibid.* at p. 756 and 757.

Thus, at the GATT's Uruguay Round trade discussions, numerous submissions were brought to the parties attention, "outlining trade problems encountered in connection with new works of authorship, including books, periodicals, audio and video works, television programming and computer software".¹¹ The industrialized countries spearheaded the move to include intellectual property rights on the Round's agenda. Moreover, they proposed the drafting of an anti-counterfeiting code that would establish "a comprehensive package of minimal standards of protection for copyrights, patents, trademarks, trade dress, mask works and trade secrets".¹² The code should be in harmony with traditional conventions on industrial property¹³ and copyright.¹⁴

Industrialized countries have maintained that under a trade agreement like the GATT, a particular member country that offers weak, inadequate and ineffective protection of intellectual property has to be considered "a significant and growing non-tariff barrier to trade in goods and services".¹⁵ On the other hand, developing countries, lead by the block known as the "Group of 10",¹⁶ have opposed the code "and argue in favor of leaving these questions entirely to the World

¹¹ Susan WAGNER, *Gatt Tackles Intellectual Property Issues, Rights Copyright and Related Rights in the Service of Creativity*, Published by the International Publishers Association and the International Group of Scientific, Technical and Medical Publishers, Autumn 1987, volume I, No. 3, p. 6.

¹² Susan WAGNER, *ibid.*, p. 6.

¹³ Principally the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, signed March 20, 1883. The Convention was revised at Brussels, December 14, 1900; Washington, June 2, 1911; The Hague, November 6, 1925; London, June 2, 1934; Lisbon, October 31, 1958 and Stockholm, July 14, 1967.

¹⁴ Principally the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Property, signed September 9, 1886 and supplemented by the Additional Act and Declaration signed at Paris, May 4, 1908. The Convention was revised at Berlin, November 13, 1908; Rome, June 2, 1928; Brussels, June 26, 1948; Stockholm, July 14, 1967 and Paris, July, 1971.

¹⁵ Susan WAGNER, *ibid.*, p. 6. "The investment required for the creation, development and marketing of hightechnology products is enormous. And the ability to attract the capital necessary to support such creativity depends increasingly on the availability of a global market in which the creator can market his products. The exclusive rights provided by intellectual property laws enable the owner of such property to penetrate markets and establish a foothold for the sale and distribution of new products and services. Lack of adequate protection deprives investors of the export markets needed to recoup their costs."

¹⁶ Brazil, India, Nicaragua, Argentina, Cuba, Egypt, Nigeria, Peru, Tanzania and Yugoslavia.

Intellectual Property Organization (WIPO), which administers copyright and industrial property Conventions".¹⁷ In summary, developing countries are satisfied with the idea that the minimum standards in WIPO's conventions could continue to be internationally applied, due to the fact that such standards are low and will remain so in the future. Thus, they will continue to oppose the industrialized countries attempt to use GATT as a vehicle increasing minimum standards of protection and establishing new specific rules on enforcement and dispute settlement.

§ 1.3 Mexico Looking Forward to NAFTA

Mexico is conscious that in order to reach the status of developed country much has to be done, specially in the field of intellectual property rights protection and enforcement. Steps have been already taken in this regard and in 1991 a new statute regulating patents and trademarks was implemented¹⁸ and amendments to the copyright law were introduced.¹⁹ As to international trade protection, Mexico fully supports GATT's principles, including application of article XX(d) of said treaty.

Accordingly, Mexico expects that NAFTA will be compatible with GATT²⁰ and in the field of intellectual property, Mexico also seeks adequate protection for Mexican inventors and authors, and the free flows of new foreign technologies and capitals into the country.²¹ In fact, the intellectual property talks have been stalled over the so-called "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeiting Goods (TRIPS)",²² which

¹⁷ Susan WAGNER, *ibid.*, p. 6.

¹⁸ Law for the Promotion and Protection of Intellectual Property, published at the Federal Gazette of June 27, 1991.

¹⁹ Decree of Amendments and Additions of the Federal Law of Copyright, published in the Federal Gazette of July 17, 1991.

²⁰ *Organización de los Trabajos Preparatorios...*, *opus cit.*, p. 12.

²¹ NAFTA negotiations working groups were divided into six major areas, intellectual property being the fifth. Jaime SERRA PUCHE, *Bases de la Negociación del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos*, Conference given on April 18, 1990 and published by the Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, p. 14.

²² International Chamber of Commerce, *Commission on Intellectual and Industrial Property Agreement on Trips*, Policy and Program Department 1992-01-09 DC, document No. 450/702. Specifically, article 10 establishes that computer programs will

has now been backed by Mexico. Therefore and as explained above, in order to be compatible with the foregoing general principles, the Mexican system of intellectual property protection must offer an adequate level of protection to nationals and foreigners. Let us now analyze if indeed it does.

II, COMPUTER SOFTWARE PROTECTION UNDER MEXICAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND FREE TRADE TRENDS

PART I: COPYRIGHT

§ 1.1 *The Basic Framework*

[A] A Brief Historical Introduction

The Mexican Copyright Law has evolved from the civil law system adopted by that country as a consequence of the 16th Century Spanish Conquest. After the Mexican war of Independence ended in 1821, a series of constitutions followed which recognized among other basic rights the need to properly protect authors and inventors with respect to their creations.²³ The Constitution of 1917,²⁴ which is still in effect in Mexico, viewed patents and copyrights as permitted monopolies, or in other words, as exclusive rights or "privileges",²⁵

be protected as literary works under Berne Convention and compilations will be protected as well. Article 11 establishes a rental right. Article 12 a term of protection of at least fifty years from the publication and if unpublished, counted as of the making of the work.

²³ Article 50 section I of the 1824 Constitution recognized exclusive rights for authors with respect to their works and nothing was said about inventors; on the other hand the Constitutional Laws of 1836 and 1857, referred only to inventor's rights and those of authors were intended to be extensively interpreted. This is explained by Arsenio FARELL CUBILLAS, *El Sistema Mexicano de Derechos de Autor*, Editor Ignacio Vado, México, 1966, p. 13.

²⁴ Promulgated on february 5, 1917.

²⁵ Although really exclusive rights recognized by the Constitution upon authors and inventors, the framers of this Fundamental Law decided to use the old expression "privileges", valid at the times when European Crowns controlled press activity and granted special authorizations for the reproduction of works. Furthermore, and in opposition of the "privileges" theory, there is a part of the Mexican doctrine following Gustav Radbruch ideas about "social rights". They extensively

limited in time, conferred upon authors and artists with respect to the reproduction of their works and to persons inventing or improving upon inventions for the exclusive use of their inventions.²⁶ Accordingly, as a result of the free market economic principles set by the 1917 Constitution, monopolies, trusts and cartels became practices against the Constitution itself, except among others, for those "privileges" constituting the exclusive rights of authors and inventors.²⁷

Since Mexico became independent, various copyright laws have been enacted. A specific law was implemented in 1846,²⁸ but then, the civil codes of 1870,²⁹ 1884³⁰ and 1928,³¹ undertook the regulation of copyright. A more complete and systematic approach for the regulation of copyrights was introduced with the Federal Copyright Law

transport Radbruch's philosophy from labor and agrarian law to copyright, by stating that this latter branch of law is devoted to equilibrating the rights of authors and publishers, whose negotiating capacities are economically unequal. See Arsenio FARELL CUBILLAS, *id.* at p. 68.

²⁶ Article 28 of the 1917 Constitution. Although not mentioned in this Constitutional provision, the exclusive rights of authors and inventors are limited by their respective laws depending on the characteristics of the rights therein. Thus, copyrights limitations are found in the principles of originality idea/expression and fair use, among others and patent limitations in the principles of novelty, inventive activity (equivalent to non-obviousness in the US) and industrial application.

²⁷ Ignacio BURGOA, *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, 18th edition, México, 1984, p. 409. This Mexican Constitutional professor explains that the exception to what he calls "free concurrence" recognized by Constitution with regard to authors and inventors exclusive rights, represents an imposition to third parties to fully respect the rights of inventors and authors. The justification of article 28 "privileges" relies much on the aims of copyright and patent law themselves, that is it, achieving progress of culture and technology through the protection of works and inventions. See FARELL CUBILLAS, *opus cit.*, at 55.

²⁸ Apparently published on december 3, 1846. It contained 18 provisions and recognized literary property rights related to the publication of a work, duration of life plus thirty years and conferred equal rights to Mexicans and foreigners. Falsification was elevated to a crime consisting of the publication, copying and performance of works without the author's authorization.

²⁹ This code was influenced by the Spanish and French codes. It equated copyright as a property identical to that of tangible goods and considered it perpetual, with exception to dramatic works. Rafael ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales, Posesión*, p. 289.

³⁰ This code followed the one of 1870 respecting copyrights, adding it with some penalty provisions for the copying and performance of works.

³¹ Published on august 31, 1928 and effective up to date. As different from previous civil codes, this did not relate copyright to property; it was rather a distinct right, with special characteristics and the rights were temporal privileges to use and exploit works.

of 1947,³² followed by the Federal Copyright Laws of 1956³³ and 1963, this latter law still in effect.³⁴

[B] Principles of Mexican Copyright Law

[B.1] The Author

Mexican Copyright Law is definitively oriented toward author's rights.³⁵ The flesh and blood person called the "author"³⁶ —or "authors" in case of collective works—³⁷ is the main object of protection. In keeping with this, Mexico like most other countries with legal system derived from Roman Law, strongly encourages protection of the author's personality, a situation which is reflected in the concrete

³² Published on december 30, 1947 as a result of the joining of Mexico to the Interamerican Convention of Washington D. C. This Law grants protection to patrimonial and moral rights and with a social point of view provides regulation of reproduction and publishing agreements and collecting societies.

³³ Published on december 29, 1956 and follows closely the law of 1947. It only redistributes former law's chapters and harmonizes it with the Universal Copyright Convention principles, previously subscribed by Mexico.

³⁴ Decree of amendments to the 1956 Law of november 4, 1963 and published on december 31, 1963.

³⁵ Differences between author's rights and copyright systems will be discussed *supra* at p. 18.

³⁶ Mexican Copyright Law does not provide a definition of "author"; however the expression is exclusively referred to the natural person that creates a work. Although not a Mexican, Isidro Satanowsky provides a criterion that is valid in Mexico, stating that an author is that person that directly realizes activities oriented to create a unitary, complete and independent work of authorship, revealing his personality, artistic talent and creativity. Isidro SATANOWSKY, *Derecho Intelectual*, volume I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 265. As to ownership, the individual autor of a work is owner of the copyright on what he or she creates, unless there is a work made for hire relationship. In this respect, article 59 of the Copyright Law establishes that everyone who produces a work with special and remunerated participation or collaboration of one or more persons shall enjoy ab-initio the copyright therein. The meaning of remuneration is broad and comprises salaries, participations, payments for the rendering of services other than employment, among others and there are no Court decisions that have limited this criterion.

³⁷ Articles 12 and 13 of the Copyright Law regulate collective works and works under collaboration.

application of basic copyright principles such as originality,³⁸ the expression/idea dichotomy³⁹ and fair use.⁴⁰

[B.2] The Work of Authorship

A work is the personal intellectual creation or expression of human sensibility, talent and ingenuity. A creation meeting the above criteria, that is it, an individual creation, complete, unitary and representing or meaning something,⁴¹ will be granted full protection under Mexican Copyright Law. Likewise, Mexican Copyright Law requires that the work be embodied in a tangible medium of expression. It is indeed the act of creation and fixation of the author's creation in a material and durable form that leads to copyright protection.⁴² However, it will be always the intangible element —human creation—, that it will be protected and not the medium or "corpus mechanicum" in which is embodied.⁴³

[B.3] The Rights

Mexican Copyright Law states that there are two fundamental type of rights, which are moral and patrimonial rights. Moral rights are the purest manifestation of the author's personality in copyright. They cannot be transferred, sold or assigned, because they are inherent to and integral to the author, who holds them permanently

³⁸ Originality principle will be discussed *supra* at p. 19.

³⁹ FARELL CUBILLAS, *op. cit.*, at p. 76. He quotes many different authors to indirectly conclude that it is acceptable under Mexican Copyright Law that due to the characteristic of works, it is not the idea underlying the work what copyright protects, but it is rather the expression that the author exteriorizes from his or her inner world.

⁴⁰ Article 18 of the Copyright Law, provides some very specific limitations to copyright protection, such as industrial application to ideas in a work, non-lucrative employment of reproduction or performances of works in actual events, publication of art and architectural works which are publicly displayed, translation or reproduction of fragments of works or "crestomaties", reproduction of a published work as a manuscript, typed document, photograph, photocopy, drawing, painting or microfilm, as long it is done for the exclusive use of who reproduces it. In 1991 a limitation was added dealing with back up copies of computer software. As can be perceived, this very specific limitation system differs significantly from the equity system followed by § 107 and further provisions of the US Copyright Act.

⁴¹ SATANOWSKY, *op. cit.*, at p. 153.

⁴² Article 7 of the Copyright Law.

⁴³ FARELL CUBILLAS, *op. cit.*, at p. 81.

and perpetually, during and after his or her life. Also, it is not possible for the author to renounce his or her moral rights; they cannot be pledged and they never prescribe.⁴⁴ According to Mexican Copyright doctrine, moral rights constitute the dividing line between intellectual property right and actual property (*res*).⁴⁵ There are various categories of moral rights, of which Mexican law has indirectly recognized some,⁴⁶ but expressly only the paternity right⁴⁷ and the integrity right.⁴⁸

On the other hand, patrimonial rights can be transferred, licensed or in any other way disposed of by the author, or by the assignee or copyright owner in case of a work for hire relationship, and its duration is temporary.⁴⁹ Just as in the U.S. and other jurisdictions, patrimonial rights contemplated by Mexican law can be divided into the five well known categories of reproduction, distribution,⁵⁰ control of derivative works,⁵¹ public performance and display.

[B.4] Formalities

Finally, Mexican Copyright Law subscribes to the principle of absence of formalities as to registration and use of copyright notice of

⁴⁴ Article 3 of the Copyright Law in connection with article 2 (I) and (II) of the same statute.

⁴⁵ FARELL CUBILLAS, *id.* at p. 119. Moral rights are not *ius in re aliena*.

⁴⁶ Right to create, right to continue and complete the own work, right to modify and destroy the now work, right to remain the work unpublished, right to publish the work under the author name, under pseudonym or anonymity, right to select interpreters for the work's performance and right to withdraw the work from commerce. See Carlos MOUCHET and Isidro RADAELLI, *Los Derechos del Escritor y del Artista*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

⁴⁷ Article 2 (I) of the Copyright Law.

⁴⁸ Article 2 (II) of the Copyright Law.

⁴⁹ Article 4 of the Copyright Law as supported by article 23 of the same statute, which establishes the general term of protection of patrimonial rights of life of the author plus fifty years after his or her death.

⁵⁰ Distribution right according to Mexican Law of copyright is a broad concept encompassing rental rights, although not expressly. Exhaustion of rights operates only nationally after the first property disposal or transmission of a copy of the copyrighted good is made and there is no provision allowing the parallel importing of a corresponding foreign distributed genuine good.

⁵¹ Article 9 of the Copyright Law states that derivative works such as arrangements, abridgements, amplifications, translations, adaptations, compilations and transformations of works, shall be protected as to its original aspects, but shall only be allowed to be published if they are authorized by the copyright owner of the underlying original work. If the works or features taken to produce the derivative

the Interamerican Conventions and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Berne Convention). Accordingly, Berne Convention standards⁵² were introduced article 8 of the 1963 Copyright Law, which states that there is no need to register a work in order to protect it. As mentioned before, protection of a work arises out of the very act of creation, and registration only recognizes or confirms such previously constituted rights. Notwithstanding the foregoing, registration represents *prima facie* evidence of copyright ownership.⁵³ Thus, in case of a dispute over rights, the burden of proof would be borne by the contesting party.

By application of the Berne Convention, the principle of absence of formalities extends to foreign authors who are nationals of Union countries,⁵⁴ or if not nationals of Union Countries, their works have been published⁵⁵ in one Country of the Union, or then have permanent residence in one of them.⁵⁶ Similarly, the Interamerican Convention confers protection to member State authors and foreigners domiciled in member States, without registration, deposit or formalities.⁵⁷ Therefore, in the case of enforcement, a Mexican court would most likely recognize application of the principle of absence of formalities to all foreign works whose authors are nationals of Berne Convention or Interamerican Convention countries, but not to nationals of countries with which Mexico has only Universal Copyright Convention relationships or no reciprocity relationships at all.⁵⁸

work pertain to public domain, it will be protected as to its original portions, but will not mean extension of the protection to its underlying aspects.

⁵² See national treatment principle of article 5(1) of the Paris Act Of the Berne Convention and absence of formalities of article 5(2).

⁵³ Mexican Law provides an easy, quick and cheap registration system based on originality standards, with no time limitation for registration. Articles 119 and 122 of the Copyright Law.

⁵⁴ Article 3(1) (a) of the Berne Convention (Paris Act).

⁵⁵ Article 3(1) (b) of the Berne Convention (Paris Act).

⁵⁶ Article 3(2) of the Berne Convention (Paris Act).

⁵⁷ Article IX of the Interamerican Convention. Article X encourages the use of notices, but it is not mandatory.

⁵⁸ Article 28 of the Copyright law states that works of foreign authors whose countries do not have copyright international relationships or works published for the first time in a country with no relationships with Mexico, copyright therein will be protected for a seven years period reckoned from the date of first publication of the work, as long there is reciprocity with the concerned country. After this period has passed and if the work has not been registered with the Mexican Copyright Office, any person shall be entitled to publish it with previous authorization granted by the Public Education Secretariat.

The principle of absence of formalities also covers the copyright notice requirements.⁵⁹ However, Mexican Copyright Law states that if proper notice is not displayed in a visible place, the publisher will be liable for the sanctions prescribed by the Law,⁶⁰ but this will not result in loss of copyright.⁶¹ Regarding recordation of agreements, the Law provides that those entered into by authors modifying, transmitting, encumbering or extinguishing patrimonial copyrights, shall produce effects after they are recorded with the Copyright Office.⁶² It should be understood that only agreements representing transfer, modification or extinction of copyrights have to be recorded; work-for-hire agreements do not fall within any of the cited categories. Also, recordation is not mandatory for agreements entered into by two publishers or other corporations with no participation of the authors. Otherwise, there are no restrictions imposed by the law to scrutinize and approve recordation of agreements; the intention of the contracting parties governs copyright relationships between authors and publishers.⁶³

§ 1.2 Copyright Protection for Computer Programs in Mexico

[A] History of "Acuerdo"⁶⁴ Number 114 of the Public Education Secretariat

On October 8, 1984 the so-called "Acuerdo 114 of the Public Education Secretariat" was published in the Official Gazette of the Fed-

⁵⁹ Mexican Copyright Law establishes in its article 27 that "[p]ublished works protected by this Law shall bear the expression "Derechos Reservados" (Rights Reserved), or its abbreviation "D.R."; followed by the symbol "©" and the full name and address of the copyright owner and an indication of the year of publication. . . ."

⁶⁰ There is no specific sanction applicable to a published work lacking of copyright notice. However, in conforming with article 143 of the Copyright Law, fines dealing from \$130,000 to \$ 6'500,000 Mexican Pesos (approximately from \$500 to \$2,100 U.S.D.) are imposed in case of infractions of Mexican Copyright Law and Regulations thereunder that are not criminal in character.

⁶¹ Article 27 of the Copyright Law.

⁶² Article 114 of the Copyright Law.

⁶³ Regarding government approvals, former Technology Transfer Law (LTT) of January 11, 1982 stated that among others, it was required to record agreements transferring or licensing copyrights regarding industrial exploitation and computer programs [article 2(I and (m))]. The LTT was abolished with the implementation of the new Law for the Promotion and Protection of Industrial Property.

⁶⁴ "Acuerdo" could be best translated into English as a resolution or decree of

eration. This resolution, although not binding as a statute of Congress, manifested the first intention of the Mexican Government to recognize protection of computer programs. It is not clear why the government chose to regulate software through an administrative resolution and not through enactment of a statute. There is also no legislative history indicating why the Mexican government decided to protect computer programs through copyright law and not through patent law. We believe that Mexico just followed what the World Intellectual Property Organization⁶⁵ and other countries⁶⁶ had done at that time.

a government body, in this case the Public Education Secretariat, which pertains to the executive branch. It is not a Statute; rather, it demonstrates a formal ruling of this official body with regard to a matter in its jurisdiction.

⁶⁵ Model Provisions on the Protection of computer software, 1978 Copyright 6, WIPO Publication No. 814.

⁶⁶ See Eugen ULMER and Gert KOLLE, *Copyright Protection of Computer Programs*, IIC, Vol. 14, No. 2/1983. In Germany, the German Association for Industrial Property and Copyright Law submitted an opinion of the WIPO Model Provisions to the Federal Ministry of Justice, which was accepted by this latter in late 1981. There are also landmark resolutions on the matter made by the Kassel, Mannheim, Mosbach and Munich District Courts. In the United Kingdom, a special Committee to Consider the Law of Copyrights and Designs was set up, which prepared the Whitford Report that was presented to Parliament in 1977. It was widely accepted and applied in the study presented by the British Government in 1981, the "Green Paper", which was the basis for a revision to the 1956 Copyright Act. In France, there was an important decision of the Paris Court of Appeals of November 2, 1982 (1982 PIBD III, p. 260). In Japan, there was a decision of the Tokyo District Court of December 6, 1982 (*Taito v. I.N.G. Enterprise*) and another of the Osaka District Court of December 18, 1979, reported in 3 EIPR 131 D 61 (1981). In the Netherlands, decisions of the *Arrondissementsrechtbank te's Hertogenbosh* of January 30, 1981 and May 14, 1982 could be found. In the U.S., "as early as 1964, the Copyright Office registered the first computer program in the book category under the rule of doubt, and continued this practice as long as the programs were deposited in humanly readable form". Marshall A. LEAFFER, *Understanding Copyright Law*, Matthew Bender, U.S., 1989 and 1990 reprint, p. 64. Copyrightability of computer programs was favored by the legislative history of the 1976 Copyright Act. However the National Commission of New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU) appointed by U.S. Congress to study the issue concluded some amendments to the Act and as a result a definition was included in §101 and some limitations in §117. Some landmark cases in the U.S. were found in *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983), cert. dismissed, 464 U.S. 1033 (1984); *Williams Elec., Inc. v. Artic Int'l, Inc.* 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982); *Stern Elec., Inc. v. Kaufman*, 669 F.2d 852, 855-56 (2d Cir. 1982) and others. Finally, in Canada "Copyright is currently the principal source of protection for computers programas. . . Computer programs are now defined as literary works by virtue of legislation recently enacted to revise the Copyright Act (Bill C-60)". Max WOOD, *Computer Related Intel-*

"Acuerdo" 114 contains a provision stating that computer programs were deemed to be works of authorship under the terms of the Federal Copyright Law. Copyright protection and registration⁶⁷ thus became available in order to avoid infringement by unauthorized third parties violations of these types of works, having unique characteristics. These particular characteristics resulted from the contents of the program itself as well as the tangible medium in which they are embodied. Registration was thus accepted for computer programs under a rationale akin the rule of doubt (applicants' good faith would be presumed without affecting third parties' rights).

[B] Federal Copyright Law of 1963

The "Acuerdo" was considered for a long time as the guiding principle of computer program copyright protection; however, the Copyright Law of 1963 was deemed applicable as providing the general framework of protection of these types of works. This curious situation endured for approximately 7 years. As a result, the Copyright Office started granting registrations for operating systems and applications programs presented either in source code or object code. Registration required the filing of the 10 first and last 10 pages of said object code, source code or both.⁶⁸ A brief description of the computer program and a listing of its directory were required as well.⁶⁹ Finally, the applicant was entitled to file samples of the program in any known tangible form of expression. If these media were different from printed paper, the applicant was required to file the first 10 and last 10 pages in question, which were returned to him or her with corresponding annotations.⁷⁰

[C] Amendments of 1991

With the passage of time the 1963 Law needed to be reformed as it was increasingly unable to cope efficiently with the complexity of

lectual Property: What Protection is Available? Scott & Ayles Intellectual Property Quarterly, volume 8, number 2, Spring 1992. Leading Canadian cases can be represented by *IBM Corp. v. Ordinateur Spirales* (1984).

⁶⁷ Acuerdo 114 (article 1).

⁶⁸ Acuerdo 114 (article 2).

⁶⁹ Acuerdo 114 (article 3).

⁷⁰ Acuerdo 114 (article 4).

legal problems in the software industry. Of the issues that emerged from the use and commercialization of software, growing piracy bears first mention. There was practically no understanding in Mexico of the rights that computer program authors and publishers had with respect to their works of authorship. Likewise, it was difficult to know the obligations of the public relating to the reproduction of the programs. "Acuerdo 114" had fallen behind actual needs and trends. Accordingly, on October 30, 1985, the "Asociación Nacional de la Industria para Programas de Computadoras", a national organization better known as "ANIPCO", published a document proposing a series of amendments,⁷¹ which some years later became the foundation of the 1991 Copyright Law amendments.

The ANIPCO memorandum, among other matters, suggested the recognition of computer programs as a new category, independent of the more traditional types of works. It also raised the possibility of restricting reproduction to a single back up copy of an original program, and duration of the protection to life plus thirty years, granted not to the author but to the publisher.⁷² Computer software differs from other classes of works in that it manifest problems with respect to moral rights, inasmuch as development of programs is frequently undertaken by groups of 20 or 30 programmers or even more. This situation creates a conflict due to the fact that it is difficult to determine the participation of each programmer, one may not even know about another programmers' contributions. ANIPCO therefore proposed that moral rights with respect to computer software could be waived. Furthermore, ANIPCO suggested that a system should be implemented that restricts access to software registration records filed at the Copyright Office without the express consent of the copyright owner. Finally, ANIPCO's recommendation included an increase in penal and economic sanctions for the non authorized reproduction of programs, including manuals and non literal elements.

As mentioned, ANIPCO's voice was heard by Mexico's Congress and most of its proposals were incorporated into the Copyright Law.

⁷¹ *Legislación sobre derechos de autor*. Editorial Porrúa, México, 1980.

⁷² As explained above, the life plus fifty years provision is applicable to author's rights natural person and it is not clear with respect to collective persons' rights. This term of life plus fifty was finally applied to computer software as well.

The 1991 Amendment⁷³ intended to significantly improve copyright protection for computer programs in Mexico, and regulations to the Law should be promulgated soon. Anticipating the North American Free Trade Agreement (NAFTA), and with the goal of raising the standards of protection to a level that compares favorably with that of other countries, more effective and meaningful enforcement procedures were implemented. However, the Amendments met with both national and foreign criticism, before⁷⁴ and after⁷⁵ their enactment.

As mentioned before, articles 7(j) 18(f), 132(II) and 135(III), were modified or argued. In the first place computer programs were expressly considered to be a separate category of works of authorship.⁷⁶ Although not intended by the drafters of the amendments: the idea of establishing some degree of differentiation between this type of works and others of more traditional characters is proper in a country in which author's rights system prevails.⁷⁷ Article 7 of the Copyright Law grants equal protection, without distinction, to all of the listed categories of works. Likewise, as with any other type

⁷³ Published at the Official Gazette of the Federation of July 17, 1991, becoming effective 30 days after its publication.

⁷⁴ On April 11, 1991, a source of which we do not have the name, produced a document entitled *Comments on Provisions Relating to the Protection of Computer Software in the Copyright Law Amendment Submitted to the Mexican Congress on June, 1990*. We believe that it was drafted by some American computer software organization involved in some manner in the NAFTA negotiations. In the document it can be appreciated disagreement with the Amendment's draft presented to Congress, with regard to the failure to protect computer programs as literary works; failure to protect data bases explicitly; failure to exclude computer programs from the application of Berne Convention compulsory license provisions (Appendix, Arts. II and III), and Mexican Copyright Law (articles 62 through 71); they also note unclarity of deposit provisions, at it can not be easily concluded whether the "Acuerdo 114" will still apply respecting the deposit of portions of codes of the programs to be registered, imprecisions as to the extent of the application of the distribution right, importation right, rental right and parallel imports and insufficiency as to the criminal sanctions and civil remedies provided by the law.

⁷⁵ José Luis CABALLERO LEAL, *Regulación Jurídica de los Programas de Ordenador a la Luz del Tratado de Libre Comercio*, Conference presented at the seminar entitled *Aspectos del Derecho Intelectual en su Relación con el Tratado de Libre Comercio México-Estados Unidos de América-Canadá*. Organized by the Federal Prosecutor's Office, the Escuela Libre de Derecho and the Mexican Copyright Institute.

⁷⁶ Article 7(j) of the Copyright Law.

⁷⁷ See *supra* at p. 18 and 19, our comments on the originality principle.

of literary or artistic works, its nonliteral elements⁷⁸ are protected in the same manner as the outlines, sketches, plots, plans and drafts of others works, without having to expressly mention it in the Law. However, as a result of the pressure that the NAFTA's U.S. negotiating team has put on the Mexican Government to classify computer programs as literary works, new changes to the Law surely will come up in the future.

The back-up copy provision of article 18(f) of the Copyright Law⁷⁹ was inspired by Article 117 of the U.S. Copyright Act.⁸⁰ Nonetheless, such provision is unclear as to whether whether for "back-up" copy means the one loaded onto the hard disk of a computer, or whether the original floppy disk would become the back up copy once it is loaded onto a hard disk.⁸¹ As to adaptation of programs, anyone may to produce derivative works and use them for personal purposes; however, in accordance with the Copyright Law the publication or public use of the adaptation requires the prior authorization of the copyright owner.⁸²

Article 132(III) incorporates ANIPCO's proposal by establishing an exception to third parties access to records filed with the Copyright Office relating to computer programs. This was made the primary purpose of protecting trade secrets embodied in the programs. In fact, the prefatory statement or legislative history of Article 132(III) states that it should be borne in mind that configuration of software "constitutes the essence thereof"⁸³ and public information on the subject should be restricted. Otherwise access to this type of work by the public would be tantamount to disclosing its creative features.⁸⁴

⁷⁸ Such as the SSO, screen displays and user interface, see *supra* at p. 15.

⁷⁹ Article 18 of the copyright Law: "Copyright protection does not extend to the following cases: . . . f) The back up copy made for the exclusive use of whom acquires an authorized copy of the computer program."

⁸⁰ 17 U.S.C.A. §117. Limitations on Exclusive rights: Computer Programs.

⁸¹ José Luis CABALLERO LEAL also questions whether for back up copy we should understand the momentary reproduction of the program in a RAM type memory, *op. cit.* at p. 11.

⁸² Article 120 of the Copyright Law.

⁸³ Taken from Secretaría de Educación Pública, *Revista Mexicana de Derecho de Autor*, year II, Num. 7, July-September, 1991, p. 31.

⁸⁴ The *Comments on Provisions Relating to the Protection of Computer Software. . .*, *ibid.*, at page 23, approves this provision; however it suggests that the regulations to the Law allow the deposit of "identifying material" in lieu of entire or partial copies, and that any copies deposited may be redacted for trade secrets. On the other hand, José Luis CABALLERO LEAL highlights the legal technical incon-

Finally, as to enforcement of rights, intellectual property infringement and counterfeiting, both of locally manufactured and imported products, have been grave problems in Mexico in recent years. Therefore, the existence of adequate and effective means by which intellectual property owners can enforce their rights is an important free trade agreement issue that confronts Mexico. Consequently, in addition to a strong copyright law protecting computer programs, effective civil and criminal remedies are needed as well, such as border controls and stringent anticounterfeiting measures. The Copyright Law contains a chapter prescribing remedies and sanctions. Both, criminal and civil damages actions are contemplated.⁸⁵ Also, in addition to the application of the Federal Codes of Civil and Criminal Procedure, this chapter of the Copyright Law authorizes civil judges and criminal prosecutors to seize illegal copies.⁸⁶

The 1991 Amendments to the Copyright Law introduced a criminal penalty of up to six years in prison and significant fines for the unauthorized reproduction of computer programs done for the purpose of gain. This "for purpose of gain" feature has been a bone of contention. However, "gain" or its Spanish translation "lucro", refers not only to the profit directly obtained from the sale or exploitation of a certain good, but also to the indirect benefit or advantage, which would not necessarily require pecuniary gain.⁸⁷ ⁸⁸ This newly introduced criminal remedy has been recently tested by the Business Soft-

sistencias arising out of treating computer software deposits as private as opposed to other types of works, which deposit remains public; but the legislative history of the Amendment indicates that Congress agreed to establish the exemption "because it stimulates and fortifies the creative activity in this subject" (Rev. Med. Der. Autor, *ibid.*, at p. 32).

⁸⁵ Chapter VIII (articles 135 through 156).

⁸⁶ However, Mexican litigation and Court system does not provide with injunctive relieve measures.

⁸⁷ Article 75 Copyright Act and legislative history stating that this provision is applicable in the event that a person uses non-authorized reproductions of computer programs for his benefit or for others.

⁸⁸ Whereas the manufacturer most of the times obtains direct "lucro" from the reproduction and distribution or sale of the infringing programs, the dealer normally loads programs onto the hard disks of the computer that it sells as an incentive and the end user buys one or a few original copies of a program and then loads it onto the hard disks of sometimes hundred of computers having in its premises or even onto servers that uses in networks.

ware Alliance (BSA)⁸⁹ and much success is expected in the near future.

[D] Software Collecting Society

On february 27, 1992 the Copyright Office registered a Collecting (or Authors') Society, which among other purposes set by the law, it intends considered to jointly collect its members' royalties deriving from the use of software.⁹⁰ The creation of the Society has surprised more than one commentator, however. The problem is twofold. First, collecting societies in Mexico are entitled to collect royalties arising from the public performance of works of authorship without the express authorization of the author.⁹¹ Moreover, according to the Copyright Law, collecting societies are not authorized to collect royalties arising from the reproduction and distribution (publication) of copies of the program, if no express power of representation is granted by the author.⁹² Second, rights to collect royalties derived from publication of software (or mechanical rights, using the terminology employed in the music industry), are only vested in the author or his authorized representative. Furthermore, as most computer programs are produced under work-for-hire relationships, employers and contracting parties that purchase software development services rather than "authors" are frequently the rightful owners of such collection rights.⁹³

[E] Non-Literal Elements

From the above, there is no doubt that literal codes of computer programs are protected in Mexico as forming part of the final product ready for use by a machine. Partial or total copying of these features leads to copyright infringement. On the other hand, there

⁸⁹ BSA members in Mexico include Aldus Corp., Autodesk Inc., Lotus Development Corp., Microsoft Corp., Novel Inc. and Word Perfect Corp.

⁹⁰ It was registered under number 68, pages 47 and 48 of the Author's Societies book.

⁹¹ Articles 72 and 98(II), second and third paragraphs. However, as the reader surely will know, public performance of computer software, if possible at all, could only be found in the displays of some types of screens, like videogames.

⁹² Article 98(I) of the Copyright Law.

⁹³ See comments relating to workfor-hire and Article 59 of the Copyright Law at *infra* p. 7, footnote 36.

must be a dividing line between such protected expression and the unprotected idea or overall purpose of the program. But would the non-literal aspects of the program be protected in accordance with Mexican Law? These uncharted waters lying between idea and expression, constituting the program's "structure, sequence and organization" (SSO), have not been addressed either by the Copyright Law or by the Courts.⁹⁴ "Look and feel" and user interface issues also have not been explored.

Notwithstanding this situation, the Copyright Law of Mexico should protect non-literal features of programs on a case-by-case basis if they form part of the program's expression and not the idea.⁹⁵ Although not all transitions between the several stages of program development are fixed, identified or even utilized in the final product (ie: flow charts), "[f]rom a copyright law point of view software development in all its phases can be regarded as a process of work completion which eventually aims at the production of an operational computer program".⁹⁶ As mentioned, the Mexican Copyright Law grants protection to sketches, outlines, plots, rough drafts, etc., to all categories of works and the SSO and displays of computer programs are no exception.⁹⁷ However, it remains to be seen whether a Mexican court, especially of criminal jurisdiction, would enforce such rights in an action grounded in the unauthorized copying of programs. It is not clear whether this language is wide enough to apply not only to direct reproduction of the program, but also to infringement of non-literal features.

⁹⁴ Also, it is not completely clear whether program similarities could be identified in levels above the literal code such as "the algorithms that are implemented by the code and, at progressively higher levels, the definition and interrelationship of subroutines, modules and larger functional units". Ronald S. LAURIE, Comment: Use of a Levels of Abstraction: Analysis for Computer Programs, A.I.P.L.A. Q.J., Vol. 17:232, p. 232. See also leading cases in the U.S. like *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222, 230 U.S.P.Q. 481 [1986], *Computer Associates International Inc. v. Altai, Inc.*, No. 89 CV 0811, slip op. E.D.N.Y. Aug. 12, 1991) and others.

⁹⁵ Ulmer and Kolle refer to the first stage of the program's development as to the writing of a previous specification of the basic concept of the program, then the program's description in a natural language, and lastly to the subsequent conversion into a data flow chart. The second step would be the encoding of the flow chart into the source code and finally the operational object code. See ULMER and KOLLE, *op. cit.*, at p. 173.

⁹⁶ *Ibid.* at p. 173.

⁹⁷ *Infra* p. 13.

[F] Databases

It is also unclear whether databases are protected by copyright, because the Mexican Copyright Law extends protection to artistic and literary expressions which are the result of sensibility and talent rather than products of "sweat of the brow".⁹⁸ There is also no specific provision in the Law that refers to database protection. Nevertheless, in Mexico as in the U.S.⁹⁹ facts and collections thereof are not the subject matter of protection, but compilations are protectible if there is originality as to selection, arrangement and coordination of such facts.¹⁰⁰ Under the above standards, a simple list of names in alphabetical order would probably not be protected. On the other hand, if the compilation meets certain threshold of originality, it will be protected regardless of whether it is embodied in electronic or non-electronic media.

§ 1.3 Free Trade and Computer Software: Two Systems Vis-a-Vis

[A] Evolution of Author's Right and Copyright Systems

Copyright law evolved differently in England from Continental Europe. However, there are common roots to both Anglo-American and Continental European (and Latin American) copyright systems

⁹⁸ We believe Mexican courts would follow *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S.—, 113 L.Ed. 2d 358, 11 S.Ct. 1282, 18 U.S.P.Q. 2d 1275 [1991] Copyright L. Dec. (CCH) ¶26,702 (1991), in which the U.S. Supreme Court rejected the so-called "sweat of the brow" or "industrious collection" doctrine and held that only unique selections, arrangements and selections of data and facts are protected under copyright law. See Morton David GOLDBERG, *Copyright for Computer Programs and Data Bases*, in American Intellectual Property Law Association, Continuing Legal Education on the Law of Computer Related Technology, January 1992, volume I, p. N-4.

⁹⁹ See GOLDBERG, *id.* at N-5, reviewing *Feist*. There he says that "[a]nalyzing the definition of 'compilation' in §101 of the Copyright Act, the Court said that it conveyed the 'message through its tripartite structure' that 'collections of facts are not copyrightable per se'... 'The statute identifies three distinct elements and requires each to be met for a work to qualify as copyrightable compilation: (1) the collection and assembly of preexisting material, facts or data; (2) the selection, coordination, or arrangement of those materials; and (3) the creation, by virtue of the particular selection, coordination, or arrangement, of an 'original' work of authorship'."

¹⁰⁰ Article 9 of the Copyright Law; see *infra* at footnote 51.

in the censorship of the press during the 15th Century and the monopolistic privileges granted by sovereigns, the church and universities.¹⁰¹ Later, while in France the Crown began to control the press, in England the Stationers Company gained control as the Crown invested it with extraordinary powers to print, search and seize, when the writings were not "licensed" by official censors.¹⁰² As a result of the increase in piracy throughout Europe due to the monopolistic press, a struggle arose and the right to control publication reverted to the author in France and remained with the Stationers Company in England. This evolution led these two countries to take different courses with regard to copyright protection of authors and their works.¹⁰³

The fundamentals of the French approach are highlighted by the emphasis given to moral rights (theory of personality), whereas in England and later in the United States, the focus has been on the control afforded by copyright over initial disclosure of works (common law theory of privacy).¹⁰⁴

[B] Two Different Systems, Two Confrontations

[B.1] First Confrontation: The Formation of the International Network of Treaties

Internationalization of copyright was first realized when works produced within one country began to reach other countries. This was due in part to piracy triggered as a consequence of the monopolistic practices of the Crown and publishing companies seeking to control the press. International agreements were resorted to resolve trade conflicts in Europe and the Americas. During the 19th Century many such agreements were reached. Later, these agreements were superseded by multilateral treaties, of which the Berne Convention is considered the most important. Its fundamentals were national treatment and absence of formalities under a system of minimum rights to be

¹⁰¹ "The advent of the book trade prompted national jurisdictions to respond with new laws and entitlements". Reproduction and dissemination of information technologies have since then improved "with proliferating challenges to the Law". Edward GELLER, *International Copyright: An Introduction*, Matthew Bender, p. 15.

¹⁰² *Ibid.*, p. 17.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

complied with and fostered among the subscribing parties.¹⁰⁵ Moral rights were also strongly encouraged by Berne, which resulted in rejection by certain of the "copyright system" countries. In fact, the United States did not join the Berne Convention until 1988.¹⁰⁶ Almost 60 years after the formation of the so-called Berne Union, a new international treaty was enacted with the purpose "to tie non-Berne countries such as the United States at the time, to other countries both inside and outside the Berne Union, but not to tie Berne countries to each other".¹⁰⁷

[B.2] Second Confrontation: EC Directive on Software Law

Professor Geller has stated that the only real differences between copyright and author's rights systems are the term of duration of rights, the definition of author and the style in which legislators fashion rights.¹⁰⁸ However, this opinion is not shared by other authors, especially some of countries whose legal systems derive from Roman Law. The EC Directive on Software Protection, also known as the "Green Paper",¹⁰⁹ is a good example of a confrontation between the two legal approaches to protecting authors. The Directive represents an attempt to harmonize copyright laws in the European Community. Nonetheless, as fundamental principles like originality were given an "anglosaxon" interpretation, a conflict resulted.¹¹⁰

¹⁰⁵ See *infra* at p. 8.

¹⁰⁶ Berne Convention Implementation Act of 1988. Pub. L. No. 100-568 (1988).

¹⁰⁷ The Universal Copyright Convention "was drawn up in Geneva in 1952, came up into effect starting in 1955, and has since then attracted about the same number of adhering countries as Berne has over the last century". GELLER, *op. cit.* at p. 64. Berne preempts the U.C.C., which therefore remains inoperative between Berne countries who adhere it.

¹⁰⁸ *Ibid.* at p. 28.

¹⁰⁹ Directive 91/250 of May 14, 1990. It derived from the *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*, Doc. Com. (88) 172.

¹¹⁰ See Antonio DELGADO PORRAS, *La Directiva de las CEE sobre la Protección de los Programas de Ordenador*, Conference presented at the Seminar entitled "Aspectos del Derecho Intelectual en su Relación con el Tratado de Libre Comercio México-Estados Unidos de América-Canadá", Organized by the Procuraduría General de la República, Escuela Libre de Derecho and Instituto Mexicano del Derecho de Autor on March 17-26, 1992. See also Antonio DELGADO PORRAS, *Del Optimismo a la Perplejidad Reflexiones de un Jurista sobre la Protección de los Programas de Cómputo por el Derecho de Autor*, VI Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), Organized

Originality is a very sensitive issue, differently conceived by the copyright and the author's rights systems. Whereas the copyright system presupposes "independent creation" and "modest quantum of creativity" under the theory that the work owes its origin to the author—who can either be a natural or a collective person—the author's rights system highlights a "personal creation" standard, as an arbitrary manifestation of the personality of the author—always a flesh and blood person—or what it is known as the "imprint of the author's persona".

The Green Paper adopted copyright protection for computer programs, because this approach has shown the capacity to adapt to new technologies, it does not limit independent creation as does patent law, and it protects the expression of ideas but not the ideas themselves, which leads to a balanced solution between inadequate and excess protection.¹¹¹

The Roman countries of the EEC have had difficulty dealing with such ideas. For certain countries find it virtually impossible to fit the "independent creation" standard within an author's rights system. If a work is considered the expression of the author's personality it is simply unthinkable that the same works could be repeated. In essence, computer programs are ruled by functionality, inasmuch as they are oriented to accomplishing a utilitarian result (ie: developing a word processing program, a spreadsheet, etc.). On the other hand, the traditional "work" has no particular utilitarian objective, as authors' expressions are arbitrary and unique in nature.

In addition, under the Latin-Germanic approach, computer programs differ from other works in that non-literal elements of computer program are so linked to the program itself that they are only protected if they are essential to the program's creation. In other words, non-literal elements are only protected if they finally lead to the creation of the program. With other types of works, underlying elements are protected independently of the work itself.¹¹²

Germany and France have unsuccessfully tried adapting the anglosaxon view of originality into their own systems. In Germany, the

by SEP, WIPO and FEMESAC, in Mexico City, february 25 to 27, 1991, and Edition sponsored by CISAC, pp. 269-278.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹¹² *Ibid.*, p.4.

Federal Supreme Tribunal at *Inkassoprogramm v. Entscheidung*¹¹³ used the criterion of "Durchschnittsgestalter", probably equivalent to the Anglosaxon standard of individual functionality, finally leading to a "statistic originality", or objective novelty of patent law.¹¹⁴ Likewise, in the "Pachot" case the French Court of Cassation¹¹⁵ applied the "individual effort" criterion, but an individual effort can be made by any person without necessarily producing a work of authorship. The point of citing these two cases is that non of the aforementioned ideas were applicable in Germany and France, who had a hard time trying to fit them into their national systems, in which an original work is necessarily linked to the persona of its author.¹¹⁶ As a result, EC Continental European countries have finally decided to follow originality based on "personality rights" for all literary and artistic works of authorship and to apply originality standards based on "independent creation" and "modest-quantum of creativity" to computer programs.¹¹⁷

The above explained situation has showed the different directions taken by the countries subscribing the Roman Law standpoint and the countries following the anglosaxon view. The NAFTA will surely bring up a third confrontation, now transporting the issue to North America. The question here is which of the countries involved will have to modify its copyright system. For many reasons everything seems to indicate that Mexico will be the one having to finally adapt anglosaxon formulas into its own very well grounded system, at least respecting to computer software protection. This expectation has yet started manifesting as the 1991 Amendments have granted a different treatment to computer programs with respect to the rest of the copyrightable works. Thus, as long as software remains protected by copyright it will be constantly conflicting to fit within this sub-

¹¹³ May 9, 1985.

¹¹⁴ *Directiva...*, *ibid.*, p. 13.

¹¹⁵ Plenary Assembly, march 7, 1986.

¹¹⁶ However in Germany, Ulmer and Kolle sustain in contrast that although an engineering activity, programming, encoding, selecting data, arranging it and generally speaking, developing programs, gives ample room for a personal creation and design as to form and substance of a program. "Programs made by different programmers to solve the same problems and using the same programming language may all serve their purpose. They will nevertheless differ substantially from each other as to form, contents, and quality." ULMER and KOLLE, *op. cit.*, at 179.

¹¹⁷ DELGADO, *Directiva...*, *op. cit.*, at p. 14.

ject's framework and Mexican Copyright Law principles will be suffering the same consequences also experimented by the Laws of many other Roman Law system countries.

PART II: PATENTS

§ 2.1 *The Basic Framework*

[A] A Brief Historical Introduction

The first statute regulating patents in Mexico was implemented on may 7 1832.¹¹⁸ Since then, further legislative acts were enacted on june 7, 1890,¹¹⁹ august 25, 1903,¹²⁰ july 27, 1928,¹²¹ december 31, 1942,¹²² february 10, 1976¹²³ and the recent Law for the Promotion and Protection of Industrial Property of june 27, 1991 (LPPIP).

[B] Principles of Mexican Patent Law

Mexican Patent Law recognizes as patentable inventions that are novel, the result of an inventive activity and susceptible of industrial application.¹²⁴ Every human creation that allows matter or energy existing in nature to be transformed, for exploitation by man, through the immediate satisfaction of a specific need, is considered as an invention. Processes or products for industrial applications are included among inventions.¹²⁵

Novelty under Mexican Law is narrowly interpreted as something different from that which preceded it.¹²⁶ It means anything not found in the state of the art, not known to others prior the date that the patent application is filed. The concept of novelty is absolute inasmuch

¹¹⁸ César SEPÚLVEDA, "El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial" ,Editorial Porrúa, S. A., Second Edition, Mexico, D. F., 1981 at p. 1.

¹¹⁹ *Ley de Patentes de Privilegio*, influenced from the French Law of 1844.

¹²⁰ *Ley de Patentes de Invención*.

¹²¹ *Leyes de Patentes de Invención y de Marcas y de Avisos y Nombres Comerciales*, which captures principles from latest revisions of the Paris Convention.

¹²² *Ley de la Propiedad Industrial*, which incorporates the London revision of the Paris Convention.

¹²³ *Ley de Invenciones y Marcas*.

¹²⁴ Article 15 of the LPPIP.

¹²⁵ Article 16 of the LPPIP.

¹²⁶ SEPÚLVEDA, *op. cit.*, at p.

as there is no limitation in applying the principle; the invention will not be deemed novel if it has become public through oral or written description, by exploitation or by any other means of dissemination or information, whether domestic or foreign.¹²⁷ Furthermore, the Law defines inventive activity as a creative process, the results of which are not apparent from the state of the art to a person with technical knowledge in that field.¹²⁸ The foregoing definition is somewhat equivalent to the non-obviousness principle in the U.S. Patent Act.¹²⁹

The third requirement of patentability turns on the industrial application of the invention. The Law defines it as the possibility that any product or process will be made or used, as the case may be, in industry, including agriculture, ranching, fishing, mining, so-called transformation industries, construction and all types of services.¹³⁰

[C] Computer Software Not Classified as Inventions

Among the basic provisions that delineate patent law in Mexico's LPPIP, is one providing a list of items not deemed as inventions, in which theoretical or scientific principles¹³¹ and computer software¹³² are included.¹³³ The non-patentability of theoretical or scientific principles, is a clear and justifiable position and includes algorithms in the abstract. On the other hand, algorithms should be protectible if claimed for a specific purpose or directed to a specific application. The Freeman-Walter-Abele test¹³⁴ is compatible with the aforementioned provision of Mexican Patent Law.¹³⁵

¹²⁷ Article 12(II) LPPIP. However, "an invention will still be considered as novel even if it has been disclosed for non-commercial purposes, provided that within twelve months prior to the filing date of the patent application, or in such case, of the recognized priority, the inventor or his assignee had disclosed the invention through any communication medium or had exhibited at a domestic or international exhibition. When the respective application is filed, documentary evidence shall be included, under the conditions to be established in the Regulations of this Law", article 18 of the LPPIP.

¹²⁸ Article 12(III) LPPIP.

¹²⁹ 35 U.S.C.A. §103.

¹³⁰ Article 12(IV) LPPIP.

¹³¹ Article 19(I) LPPIP.

¹³² Article 19(IV) LPPIP.

¹³³ Former Law on Inventions and Trademarks stated the same provision.

¹³⁴ *In re Freeman*, 197 USPQ 464 (CCPA, 1978); *In re Walter*, 205 USPQ 761 (CCPA, 1980); *In re Abele*, 214 USPQ 682 (CCPA, 1982).

¹³⁵ See Michael R. FLEMING, *Patentability of Claims Involving Mathematical*

But it is not clear why the Mexican Federal Congress expressly excluded computer software an invention. This situation not only appears to be incorrect, but it contradicts the conclusions that have been reached about the patentability of algorithms when directed to specific purposes. Computer software is a complex technology or "legal hybrid",¹³⁶ which specific features that are in part copyrightable and in part patentable.¹³⁷ "However, for these hybrids, it is likely that patents would only protect a small portion of the innovation, and that 'powerful reproduction rights and long term of protection [of

Algorithms and Computer Programs An Examiners Perspective, American Intellectual Property Law Association, The Law of Computer Related Technology, volume I, January 22-25, 1992. "Computer programs implemented on a computer are not per se non-statutory subject matter under 35 USC 101. However, mathematical algorithms per se are non-statutory subject matter as determined by the courts. However, if the invention is directed to a machine or process which is statutory but uses a mathematical algorithm, then the invention is not automatically non-statutory. The *Freeman* test as modified by *Walter* and *Abele* determines if such an invention is statutory. The first step is to determine if a mathematical algorithm is directly or indirectly recited. The mathematical algorithm may be recited in the claims as a formula, in prose or broadly claimed but further defined in the specification. The second step is to determine whether the mathematical algorithm is applied in any manner to physical elements or process steps. The Examiner should view the claim without the mathematical algorithm to determine whether what remains is otherwise statutory..." Likewise in Canada patent, copyright and/or trade secret protection may be available for computer programs "[d]epending on [its] nature, originality and inventiveness" Max WOOD, *Computer Related Intellectual Property: What Protection is Available?* Scott & Ayles Intellectual Property Quarterly, volume 8, number 2, Spring 1992, "Although the Canadian Patent Office has taken the position that computer programs per se are not patentable, the fact that a process is executed by a computer does not in itself negate patentability and many Canadian patents have issued for inventions which are essentially computer programs". *Ibid.*, at p. 4. "Whilst there is no substitute for experience in assessing the patentability of a software related invention, the following criteria may generally be applied: a) if the invention is directly or indirectly nothing more than a mathematical algorithm, it is not patentable; and b) even though the invention includes one or more algorithms, it may be patentable if it defines or refines relationships in a process which is in itself patentable subject matter", *ibid.*, at p. 4.

¹³⁶ J. H. REICHMAN, *Computer Programs as Applied Scientific Know-How: Implications of Copyright Protection for Commercialized University Research*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 42, No. 3, April 1989, p. 655. However this statement about "hybrid" is not well developed.

¹³⁷ See David A. EINHORN, *Copyright and Patent Protection for Computer Software: Are They Mutually Exclusive?*, *Idea The Journal of Law and Technology*, Franklin Pierce Law Center, volume 30, number 3, pp. 265-278.

copyright] implemented cultural policies that are largely irrelevant to the needs of a competitive market'."¹³⁸

Accordingly, it is unfortunate that the existence of such a provision under the LPPIP could not only bar protection for programs embodied in computer related technology, but the functional aspects of the program and the algorithm specifically applied as well. The inventive portions of computer programs should represent patentable subject matter, as long as they comply with novelty, inventiveness and industrial application standards.

[D] Circuit Layouts

Mexico has not yet implemented any special or sui generis legislation regulating circuit layouts as have others countries.¹³⁹ It is unlikely that copyright protection would be available for circuit layouts as the structure of the layers, although they may reflect some originality and contain patterns that probably manifest some creativity as photographs, are too functional as to qualify for this type of protection. Mexican Copyright Law and practice disfavors the protection objects which are primarily functional (although they may have some artistic merit). Furthermore, not every chip topography is produced as a photographic mask and therefore, copyright protection would only extend to those chips produced as photographs.

The only protection that remains available for semiconductor chip products, including its layers, is patent law. This does not mean that patent protection represents the best protection possible. Under patent law, the novelty, non-obviousness and industrial application standards would be applicable. The definition of invention in the patent law is broad enough to encompass circuit layouts embodied in semiconductor chips. But the risks that this type of protection would fail is high however, because while patent protection offers a more complete protection to inventions in general than it would a sui generis mask

¹³⁸ *Ibid.*, quoted by U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Congressional Board of the 102d Congress, *Finding a Balance: Computer Software, Intellectual Property and the Challenge of Technological Change*, OTA-TCT-527 (Washington, DC: U. S. Government Printing Office, May 1992).

¹³⁹ See U.S. Semiconductor Chip Protection Act of 1984; Act of November 8, 1984, Pub. L. No. 98-620, 98 Stat. 3347; 17 U.S.C. §§ 900 *et seq.* and Canadian Legislation on the subject that will become effective before October 1, 1992.

work like legislation or even copyright legislation, it could also prevent development of creativeness in this industry. Also, as in most countries in the world, patent prosecution is more costly and time consuming than copyrights.

PART III: TRADE SECRETS

§ 3.1 *Trade Secrets and Mexican Industrial Property Law*

Trade Secrets were for long time protected and sanctioned by the Criminal Code¹⁴⁰ and were considered of state jurisdiction until recently, when the LPPIP was implemented and new rules were introduced in this field. Accordingly, the LPPIP created a whole new title¹⁴¹ in which, first of all, it employed the term "industrial secret" to refer to what in the U.S. is known as "trade secret". Notwithstanding such term is narrow, it has a much broader legal meaning than mere secrets relating to manufacturing techniques and industrial processes, and comprises "trade" or "commercial" secrets as well. Both, industrial and commercial secrets are recognized by the LPPIP to cover valuable information that is protected due to its confidential character.

In line with the above, the LPPIP considers as a trade secret information having industrial application, kept confidentially by an individual or corporate entity, which represents a competitive or economic advantage over third parties in the course of economical activities and with respect to which sufficient means or procedures to preserve confidentiality and restricted access have been adopted.¹⁴² Also, the LPPIP has established some limitations as to the subject matter of protection, by stating that the confidential information of a trade secret must also refer to the nature, characteristics or purposes of the products; production methods or processes; and to the means or manner of distribution or trade of products or the rendering of ser-

¹⁴⁰ Articles 210 and 211 of the Criminal Code for the Federal District when applied to local matters and in all the Mexican Republic when applied to federal matters. However, these two provisions relate to prohibition of non-authorized disclosure of confidential information obtained as a result of employment, title or professional activity.

¹⁴¹ Title Third, Sole Chapter of the LPPIP.

¹⁴² Article 82 of the LPPIP.

vices. Since the LPPIP was implemented it has been discussed whether the words "productions methods or processes" are wide enough to include not only production activities but repair and maintenance activities as well.¹⁴³

Furthermore, the LPPIP established additional limitations requiring that the above referred "confidential information" has to be embodied in documents, electronic or magnetic media, optical disks, microfilms, films or any other tangible instruments.¹⁴⁴

The information subject to confidentiality needs to meet particular standards: First, it has to be undisclosed matter known to an individual or corporate entity, whose attitude is oriented towards keeping such information private. Also, the LPPIP does not require absolute secrecy; in this respect, the definition of the LPPIP provides that the holder of the trade secret needs to adopt sufficient means or procedures to preserve its confidentiality and restrict third parties' access to the information. Likewise, information in the public domain, which is obvious to a person with technical knowledge in the field, or which has to be disclosed by virtue of the law or by a Court order, shall be not considered as a trade secret. In this respect, the information submitted to any governmental authority by a person possessing the same as a trade secret will not be deemed to fall into the public domain or be disclosed by virtue of the law, when it is submitted for the purposes of obtaining licenses, permits, authorizations, registrations or similar items.

LPPIP's trade secret protection is aimed at ensuring that:

- a) That the trade secret is not misappropriated by any person in a confidentiality relationship;
- b) That the trade secret is not misappropriated by any person outside a confidentiality relationship, and
- c) That those to whom the trade secret is disclosed do not divulge the information or use it without consent of the holder.

The holder of a trade secret is entitled to use undisclosed material by himself or herself or to disclose it to third parties and confidentiality shall remain protected no matter if such disclosure is made as

¹⁴³ HORACIO RANGEL-ORTIZ, *Industrial Secrets*, Conference given at the Seminar organized on July 17, 1991 by the AMPPI, Mexican Chapter of the AIPPI, in connection with the implementation of the LPPIP.

¹⁴⁴ Article 83 of the LPPIP.

a result of an agreement¹⁴⁵ or a labor or professional relationship.¹⁴⁶ Agreements under which technical knowledge, technical assistance or supply of basic detailed engineering is transmitted, may contain confidentiality clauses to protect the trade secrets they may encompass, but shall set forth the aspects they comprise as confidential.

Finally, the LPPIP has established that trade secret theft will be pursued through criminal actions. Accordingly, criminal sanctions are available in case of non-authorized disclosure¹⁴⁷ misappropriation¹⁴⁸ and unauthorized use¹⁴⁹ of the confidential information contained therein.¹⁵⁰ Notwithstanding this situation, trade secrets are not protected when appropriated by proper means such as reverse engineering or by independently creating, discovering or inventing them.

§ 3.2 Trade Secret Protection Applied to Computer Software

Nothing has been said with regard to the applicability of trade secret law to unauthorized use, appropriation, disclosure and decompiling of information contained in a program. In this respect commentators have sustained that "Computer software possesses characteristics which make it a unique form of intellectual property. It is extremely portable and is easily misused or misappropriated. Expensive programs, requiring valuable time and expertise, can be copied for a small fraction of the development costs".¹⁵¹

Computer programs are processes for processing information automatically by a machine and are thus compatible with industrial pro-

¹⁴⁵ Article 84 of the LPPIP.

¹⁴⁶ Articles 85 and 86 of the LPPIP.

¹⁴⁷ Article 223(XIII) of the LPPIP.

¹⁴⁸ Article 223(XIV) of the LPPIP.

¹⁴⁹ Article 223 (XV) of the LPPIP.

¹⁵⁰ The penalty in each case is of two to six years of prison and fine up from one hundred to ten thousand days of general minimum wage in the Federal District (around \$4.00 US cy per day). Under the foregoing premises and from the above cited provisions a duty to maintain secrecy derived from the LPPIP itself is obtained. This means that the trade secret holder and the party to whom the secret is disclosed actually have signed an agreement or not. Signing of confidentiality agreements is highly recommended though.

¹⁵¹ Melvin F. JAGER, *Trade Secrets: The Steady Protection for Computer Technology*, The Law of Computer related Technology, American Intellectual Property Law Association, volume I, January 22-25, 1992, at p. P-1.

cesses that have been employing trade secrets status for years.¹⁵² The structure of programs is comprised of a series of levels and stages until they reach a machine readable form.¹⁵³ Copyright law protects all those steps and according to Mexican Trade Secret Law, it should extensively cover all those undisclosed features of the program of which secrecy measures have been taken by its holder and protect them against unauthorized use and disclosure and misappropriation, in terms of the LPPIP. As mentioned, these three types of improper conducts have been found in confidentially relationships, such as employer-employee;¹⁵⁴ however the LPPIP does not apply to discovery by innocent means and reverse engineering.¹⁵⁵

An issue has existed when the program is distributed to the public, where its design could be easily discovered by third parties with no link to the secret holder. Programs are typically distributed in machine language form in Mexico as well as in the U.S. "Machine language programs do not have to be assembled or compiled by the user; they are ready to be loaded into the computer and executed. In addition, distribution in machine language form has the side effect that it is difficult for others to look at the program code and understand how the program works. This can help to keep secret those elements which give programs a competitive advantage."¹⁵⁶ Users of programs are sometimes able to understand the design and structure of a program by "decompiling" it.¹⁵⁷ In order to achieve this result, they need to translate the program in object code or machine language program into a source code or high level language and, according to copyright principles, translation of works presupposes the production of a derivative work. In Mexico everyone is free to create derivative works,

¹⁵² Freed, *Protecting Computer Software*, 16 *Les Nouvelles* 89, 93-94 (June 1981), cited by Jager, *ibid.*, at p. P.2.

¹⁵³ See *infra* at p. 16.

¹⁵⁴ See articles 84, 85 and 86 of the LPPIP and sanctions of article 223(XIII) and (XV).

¹⁵⁵ Article 223(XIV) of the LPPIP. This conduct presupposes improper means for obtaining a trade secret by misappropriating it. However as stated above, in Mexico reverse engineering through decompilation and independent discovery or creation should be considered proper means to obtain information which is supposed to be confidential.

¹⁵⁶ *Finding a Balance... op. cit.*, at p. 7.

¹⁵⁷ "Disassembly is the process of translating a machine language program into an assembly language program; decompilation is the process of translating a machine language program into a high-level program", *ibid.*, at p. 7.

but such type of works can not be used or exploited without consent of the original work's copyright owner. Therefore, the program's user is allowed to decompile the program but will be only entitled to use or reproduce the idea and public domain aspects circumscribing such program¹⁵⁸ and if the expression is copied, it would represent a copyright infringement.

§ 3.3 Shrink Wrap Licenses

Producers have taken additional steps and measures against decompilation of their programs by licensing them to customers under an obligation of confidence or non-disclosure. This is made mostly through a legal mechanism called "shrink-wrap license", which in Mexico is a kind of adhesion contract, with many particularities. As its name indicates, the license is wrapped or packaged but anyway visible on the exterior of the bag or box serving as container. The user will accept the license's terms and conditions if he or she opens the wrapper. The principal clauses of the agreement relate to limitations on behalf of the user to decompile, disassemble and copy the program. In Mexico enforceability of shrink wrap licenses could represent an issue in the future and not precisely with regard to copying limitations as they are supported by the Law itself. The problem is rather oriented to decompilation and disassembly of the program, considering that a contract limitation of that kind could lead to illegality problems, due to the fact that nobody can be deprived from creating a work of authorship from an original underlying one. In addition, there are other issues of which a software producer has to take care of, as Mexican Civil Law requires that an adhesion contract is represented in a written form and is properly accepted by the contracting parties (this principally through the signing of the corresponding agreement).¹⁵⁹

Lastly, despite what mentioned above, Mexican and foreign software producers are recommended to establish non-disclosure measures

¹⁵⁸ We believe Mexican Law would be compatible with *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141 (1989), in favoring buyers to examine a distributed product and use the unpatentable or non-copyrightable portions thereof.

¹⁵⁹ Courts would probably decide similarly as to *Vault Corp. v. Quaid Software Limited*, 847 F.2d 255, 7 USPQ 2d, 1281 [1988].

through confidentiality agreements, restriction the copying, decompiling, disassembling, non-authorized use and disclosure and misappropriation of the licensed program.

III. CONCLUSIONS

Mexico has been facing changing times for almost one decade and new international trade, investment and intellectual property policies have been introduced, which has brought renovation and a higher level of economical development. An environment of openness has surrounded free trade agreement negotiations with its neighbors to the north. Copyright and Industrial Property Laws have improved significantly in recent times, but there is still much to do to reach a higher standard of protection and rights' enforceability as in other developed countries. In the field of computer software law, Mexico will have to be prepared and deal with new complex issues, which have been testing other countries intellectual property laws. Accordingly, as to copyright, courts and governmental authorities will have to bear in mind that protection offered by the law extends to nonliteral portions of computer programs and data bases and that criminal provisions should consider plagiarism as a form of reproduction. Also, they are encouraged to apply to computer software the same type and level of protection that copyright law grants to the rest of works of authorship, as long as software remains protected by this branch of intellectual property law. Copyright law fundamentals will be constantly challenged, tested and interpreted, as it has happened lately in Europe, and much probably they will need significant arrangements in order to permit computer software sharing characteristics with other type of creations, very different in nature. Software is exclusively exploited through publishing and private use and there is thus no reason why a Software Collecting Society should exist, if these organizations are entitled by the Law to collect royalties deriving from the public performance of works. The LPPIP will require amendment so that the restriction imposed not to consider software as patentable is eliminated. This situation should allow in the future that algorithms as applied to a particular function and software related inventions are duly protected, without illegality risks. Sui generis protection for circuit layouts is definitively needed as well. Finally, as to trade secrets,

authorities should also keep in mind that they extend to those features of computer software that the publisher decides to maintain under secrecy and that accordingly, confidentiality agreements, including "shrink wrap" licenses are enforceable as well as trade secret protection against any attempt by third parties to obtain them by improper means.

Mexico has been facing changes that for almost one decade and new international trade investment and intellectual property policies have been introduced, which has brought innovation and a higher level of technological development. A commitment of resources has surrounded this trade agreement negotiations with its neighbors to the north. Copyright and Industrial Property Law have undergone significant in recent times but that is still much to do to reach a higher standard of protection and higher enforceability as in other developed countries. In the field of computer software law Mexico will have to be prepared and deal with new complex issues which have been facing other countries intellectual property laws. Accordingly, as to copyright, courts and governmental agencies will have to bear in mind that protection offered by the law extends to original portions of computer programs and data bases and that criminal provisions should consider plagiarism as a form of technological theft. They are encouraged to apply to computer software the same type and level of protection that copyright law grants to the rest of works of authorship as long as software remain protected by the branch of intellectual property law. Copyright law fundamentals will be constantly challenged, tested and interpreted as it has happened lately in Europe and such probably they will need significant arrangements in order to permit computer software issuing characteristics with other type of creations very different in nature. Software is exclusively exploited through publishing and private use and there is due to reason why a Software Collecting Society should exist. If these organizations are enabled by the law to collect royalties during from the public performance of works. The LITPP will create amendments so that the restriction imposed not to consider software as patentable is eliminated. This situation should allow in the future that algorithms are recognized as a particular, distinct and software related inventions and they protected without regard to their generic invention for the cut points is definitively needed as well. Finally, as to trade secrets

SUCESOS VARIOS DEL CURSO ESCOLAR 1992/1993

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: I. *Calendario escolar*. II. *Junta directiva*. III. *Personal administrativo*. IV. *Dirección de posgrado*. V. *Materias y profesorado de licenciatura*. VI. *Cursos, contenido y profesorado de posgrado*. VII. *Conferencias*. VIII. *Biblioteca y hemeroteca*. IX. *Publicaciones*. X. *Cooperaciones interinstitucionales*. XI. *Apéndices*: 1. *Alumnos recibidos y tesis presentadas*. 2. *Alumno diplomado en posgrado*. 3. *Alumnos premiados*. 4. *Premio "Eduardo Trigueros Saravia" 1992-1993*.

I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: lunes 31 de agosto de 1992, 9:00 horas.

Iniciación de cursos: martes 1o. de septiembre de 1992.

Vacaciones:

A) Del 19 de diciembre de 1992 al 3 de enero de 1993.

B) Semana santa (del 5 al 10 de abril de 1993).

Terminación de cursos: 14 de mayo de 1993.

Exámenes preordinarios: del 17 al 28 de mayo de 1993.

Exámenes ordinarios: del 31 de mayo al 16 de julio de 1993.

II. JUNTA DIRECTIVA

Prosigue la misma Junta elegida por la Junta General de Profesores el miércoles 7 de noviembre de 1990 y ratificada el miércoles 13 de noviembre de 1991 y en diciembre de 1992: Rector, don Fausto Rico Álvarez; Primer Vocal, don Miguel Ángel Hernández Romo; Segundo Vocal, don Francisco de Icaza Dufour; Vocal Suplente, don Mario Becerra Pocaroba.

III. PERSONAL ADMINISTRATIVO

Don Pedro Barrera Ardura y don Jaime del Arenal Fenochio continúan como secretarios, general y académico, respectivamente; y como

tesorero, don Graciano Contreras. Por cuarto año consecutivo dirige el Fondo para la Difusión del Derecho y el Consejo Editorial de la RIJELD, don Francisco de Icaza Dufour. Coordina los seminarios don Jaime del Arenal Fenochio.

IV. DIRECCIÓN DE POSGRADO

Director, don Alejandro Ogarrio Ramírez España; vocales: don Jaime del Arenal Fenochio, don Martín Díaz y Díaz, don Miguel Ángel Hernández Romo y don Diego Martín del Campo y Souza; secretario: don José Manuel Villalpando César.

V. MATERIAS Y PROFESORADO DE LA LICENCIATURA

Primer año A

Introducción al estudio del Derecho: don Bernardo Ledesma Uribe.
Derecho Civil: don Víctor Manuel del Río y Sáinz.
Derecho Romano: don Armando Hernández Romo.
Economía Política: don Antonio Cárdenas Arroyo.
Sociología: don Martín Díaz y Díaz.
Introducción a la Investigación Jurídica: doña Gisela Oscós Said.
Francés: don José Nieto Anduaga.

Primer año B

Introducción al estudio del Derecho: don Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil.
Derecho Civil: don Luis Zuno Chavira.
Derecho Romano: don Carlos Montes de Oca (por renuncia de don José García Pimentel).
Economía Política: don Rafael Anzures Uribe.
Sociología Política: don Bonifacio Padilla González (suplido por licencia en parte del curso por Mauricio Oropeza Estrada).
Introducción a la Investigación Jurídica: doña Carmen Carmona Lara.
Francés: don José Nieto Anduaga.

Primer año C

Introducción al Estudio del Derecho: don Miguel Ángel Hernández Romo.
Derecho Civil: don Miguel Alessio Robles Landa.
Derecho Romano: don Fernando de la Peza.
Economía Política: don Luis Pasos de la Torre.
Sociología: don Mauro González Luna (suplido por licencia en parte del curso por don José Antonio López Padilla).
Introducción a la Investigación Jurídica: don Jorge Pineda Villarreal.
Francés: don José Nieto Anduaga.

Segundo año A

Derecho Civil: don Emilio González de Castilla.
Derecho Romano: don Jorge Adame Goddard (suplido por licencia en parte del curso por don Diego Tinoco Ariza Montiel).
Economía Política: don Ismael Gómez Gordillo.
Teoría General del Estado: don Eduardo Ibarrola.
Derecho Penal: don Moisés Moreno.
Derecho Procesal Civil: don Raúl Name Neme.
Seminario de Derecho Civil: doña Adriana López González.
Seminario de Teoría General del Estado: don Pascual Orozco Garibay.
Seminario de Derecho Penal: doña Guadalupe Sánchez Palacios.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Julián Olivas Ugalde.

Segundo año B

Derecho Civil: don Cecilio González Márquez.
Derecho Romano: don José Luis de la Peza.
Economía Política: don Miguel Soberón Mainero.
Teoría General del Estado: don Mauricio Oropeza y Segura.
Derecho Penal: don Felipe Gómez Mont.
Derecho Procesal Civil: don Carlos Sodi Serret.
Seminario de Derecho Civil: don Fernando María de Savidea de Miguel.
Seminario de Teoría General del Estado: don Pascual Orozco Garibay.

Seminario de Derecho Penal: don Rodolfo Félix Cárdenas.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Julián Olivas Ugalde.

Tercer año A

Derecho Civil: don Ramón Sánchez Medal.
Derecho Penal: don Rafael Mateos Poumián.
Derecho Procesal Civil: don Carlos Loperena Ruiz.
Derecho Mercantil: don Manuel Lizardi Albarrán y don Diego Martín del Campo.
Derecho Laboral: don Francisco José Simón Conejos.
Derecho Procesal Laboral: don Julio P. Garduño Arroyo.
Derecho Constitucional: don Elisur Arteaga Nava y don Raymundo Vázquez Castellanos.
Seminario de Derecho Civil: don René Tercero Rocha.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Mario Zavala Díaz.
Seminario de Derecho Mercantil: don Miguel Vázquez Garza.
Seminario de Derecho Constitucional: don Diego Martín del Campo (suplido por don Clemente Valdés).

Tercer año B

Derecho Civil: don Fausto Rico Álvarez.
Derecho Penal: don Ignacio Mendoza Iglesias.
Derecho Procesal: don Jorge Hernández Romo.
Derecho Mercantil: don Ignacio Soto Borja.
Derecho Laboral: don Luis Díaz Mirón.
Derecho Procesal Laboral: don Roberto Colín Piana.
Derecho Constitucional: don Horacio Aguilar Álvarez.
Seminario de Derecho Civil: don René Tercero Rocha.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Eduardo Sodi Carmona.
Seminario de Derecho Mercantil: don Antonio Loera.
Seminario de Derecho Constitucional: don Diego Martín del Campo (suplido por don Clemente Valdés).
Seminario de Derecho Penal: don José Luis Izunza Espinosa.

Cuarto año A

Derecho Civil: don José Higinio Núñez y Bandera.
Derecho Mercantil: don José Gómez Gordo.

Derecho Constitucional: don Armando Ostos Luzuriaga.
Derecho Procesal Penal: don José Gómez Mont.
Derecho Administrativo: don Fauzi Hamdan Amad.
Derecho Internacional Público: don Víctor Álvarez de la Torre.
Historia General del Derecho: don Julio Montejano.
Seminario de Derecho Mercantil: don Gabriel Reyes Orona.
Seminario de Derecho Procesal Penal: don Antonio Becerril González.
Seminario de Derecho Constitucional: doña Concepción Martín Argumosa.
Seminario de Derecho Internacional Público: don Antonio M. Prida.

Cuarto año B

Derecho Civil: don José Antonio Manzanero Escutia.
Derecho Mercantil: don Emilio Zubiría Maqueo.
Derecho Constitucional: don Juventino V. Castro y Castro (suplido por don Arturo Zaldívar Lelo de Larrea).
Derecho Procesal Penal: don Ignacio Mendoza Aguilar.
Derecho Administrativo: don Fernando Franco González Salas.
Derecho Internacional Público: doña Loretta Ortiz Ahlf.
Historia General del Derecho: don Jaime del Arenal Fenochio.
Seminario de Derecho Mercantil: don Gabriel Reyes Orona.
Seminario de Derecho Procesal Penal: don Norberto Cacho Pérez.
Seminario de Derecho Constitucional: doña Concepción Martín Argumosa.

Quinto año A

Derecho Administrativo: don Jorge Pulido Vázquez.
Derecho Internacional Privado: doña Laura Trigueros Gaisman.
Derecho Fiscal: don Enrico Pinchetti Ortega.
Derecho Monetario y Bancario: don Francisco Borja Martínez.
Historia del Derecho Patrio: don Francisco de Icaza Dufour.
Filosofía del Derecho: don Jorge Gaxiola Moraila.
Seminario de Tesis: don Manuel López Medina y don Rodolfo Gómez Alcalá.

Quinto año B

Derecho Administrativo: don Carlos Sánchez Mejorada.
 Derecho Internacional Privado: doña Josette Serrato de García.
 Derecho Fiscal: don Mario Becerra Pocaroba.
 Derecho Monetario y Bancario: don Benjamín Vidargas Rojas.
 Historia del Derecho Patrio: don José Manuel Villalpando César.
 Filosofía del Derecho: don Ricardo Hernández Estrada.
 Seminario de Tesis: don René Trigo Rizo y don Fernando Cataño Muro Sandoval.

Quinto año - Materias optativas

Derecho Agrario: don Manuel Ruiz Daza.
 Seguros y Fianzas: don Luis Ruiz Quiroz.
 Derecho Minero: don Rodrigo Sánchez Mejorada.
 Derecho Bursátil: don Emilio Ramírez Gámiz.
 Notariado: don Jorge Ríos Hellig.
 Derecho Contable y Financiero: don Enrique Movsovič.
 Inglés Jurídico: don Javier Becerra Hernández.

VI. CENSOS, CONTENIDO Y PROFESORADO DE POSGRADO

VI.1 La Propiedad Inmobiliaria en México

VI.2 Contenido

Referencias Histórico-Culturales del Derecho de Propiedad. La Propiedad Inmobiliaria como Factor Histórico en México. Los Instrumentos "Dogmáticos" en torno al Derecho de Propiedad. Posesión, Propiedad y otros Derechos Reales. Copropiedad y Condominio. Técnicas para la limitación del Dominio. Aspectos Procesales relacionados con la Propiedad. La Propiedad desde la perspectiva Urbanística. La Propiedad Rural. Fórmulas para la Comercialización de Inmuebles. La Propiedad Pública. La Expropiación por causa de utilidad pública. Protección del Patrimonio Artístico Inmobiliario. Los aspectos Registrales. El Régimen Fiscal de los Inmuebles.

VI.3 Claustro de Profesores

Don Miguel Alessio Robles Landa, don Antonio Azuela, don Mario Becerra Pocaroba, don José Luis de la Peza, don Jaime del Arenal,

don Martín Díaz y Díaz, don Jorge Gaxiola Moraila, don Efraín Gómez Cuevas, don Fauzi Hamdan Amad, don Jorge Hernández Romo, don Miguel Ángel Hernández Romo, don Pedro Ordorica Leñero, doña Gisela Oscós Said, don Fausto Rico Álvarez, don Manuel Ruiz Daza, don Ramón Sánchez Medal, don Carlos Suárez Sánchez y don Francisco Villalón Ezquerro.

VI.4 Régimen Jurídico de los Negocios Internacionales en México

VI.5 Contenido

Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Principios de Contratación. Derecho Nacional y Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Mercantil Internacional Actual. La Inversión Extranjera en México. Sociedades Multinacionales. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Contratos de Distribución Internacional y de Construcción Internacional. Régimen Fiscal aplicable a los residentes en el extranjero y Convenios Internacionales en materia Fiscal. Financiamiento Internacional. Medios de Pago y Garantías Internacionales. Propiedad Industrial. Transferencia de Tecnología, Asistencia Técnica, Licencias de Uso de Patentes y Marcas y el Contrato de Franquicia. Propiedad Intelectual. Arbitraje Comercial Internacional. Acuerdos Internacionales en materia de Comercio Exterior y la Internacionalización del Derecho.

VI.6 Claustro de Profesores

Don Jorge Adame Goddard, don Mario Becerra Pocaroba, don Francisco Borja Martínez, don Jorge Camil, don Julio Cristiani, don Héctor Cuadra, don José Luis de la Peza, don Jaime del Arenal, don Martín Díaz y Díaz, don Manuel González Oropeza, don Miguel Ángel Hernández Romo, don Octavio Igartúa, don Gabriel Larrea, don Carlos Müggenburg, don Leonel Péreznieto, don Alejandro Ogarrío, don José Luis Siqueiros, don Mariano Soní y don Julio Treviño.

VII. CONFERENCIAS

Con motivo del LXXX aniversario de su fundación, la Escuela Libre de Derecho realizó ciclos de conferencias sobre Derecho mercantil y civil y filosofía jurídica, conforme a la secuencia siguiente:

Derecho mercantil

1. Don José Luis de la Peza: *La nueva legislación bancaria* (Martes 24 de septiembre).
2. Don Adrián Iturbide Galindo: *Comentarios a las últimas reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles* (Jueves 24 de septiembre).
3. Don Carlos Sánchez Mejorada y Velasco: *La regulación de la escisión en la Ley General de Sociedades Mercantiles* (Martes 29 de septiembre).
4. Don Mario Becerra Ponoroba: *El entorno fiscal de la escisión de sociedades* (Jueves 1º de octubre).

Derecho Civil

1. Don Manuel Chávez Ascencio: *La familia ayer y hoy en la Doctrina y en la Legislación* (Martes 13 de octubre).
2. Don Manuel Chávez Ascencio, don Miguel Alessio Robles y M. C. Alfonso Gutiérrez Najar: *Situación Jurídica y Filiación en los casos de Concepción Artificial (Mesa redonda)* (Jueves 15 de octubre).
3. Dr. y Mtro. Emérito Ignacio Galindo Garfias: *Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal* (Martes 20 de octubre).
4. Don José Luis Siqueiros: *La adopción internacional de menores* (Jueves 20 de octubre).
5. Don Jorge Hernández Romo: *Sugerencias para actualizar las causales de divorcio reguladas por el Código Civil del D. F.* (Martes 27 de octubre).
6. Don Sergio Vela Treviño: *Delitos en contra de la familia* (Jueves 29 de octubre).
7. Don Narciso Pérez Lara: *Nulidad del matrimonio en el Derecho canónico* (Martes 3 de noviembre).

Filosofía Jurídica

1. Don Miguel Ángel Hernández Romo: *La ética en el Foro Mexicano* (Martes 10 de noviembre).

2. Don Gerardo Monroy Campero: *¿El nasciturus tiene derecho alguno?* (Jueves 12 de noviembre).
3. Don Efraín Gómez Cuevas: *La persona frente a la Iglesia y al Estado* (Martes 17 de noviembre).
4. Don Mariano Azuela Güitrón: *La filosofía del Derecho en la Administración de Justicia* (Martes 24 de noviembre).

VIII. BIBLIOTECA Y HEMEROTECA

Se recibió la donación de don José Higinio Núñez y Bandera, de libros que pertenecieran a su señor padre don Roberto Núñez y Escalante, quien fue fundador de la RIJELD.

Recibióse también una donación de don Salvador González Ramírez.

Se compró el Compact Disk (CD-ROOM) del Semanario Judicial de la Federación, 1917-1993; y los del Índice del Diario Oficial de la Legislación Federal.

Se ejecutó el proceso de automatización del material nuevo.

Se mejoró el sistema de iluminación.

Por muchos años consecutivos dirigiólas también éste don Jaime del Arenal Fenochio.

IX. PUBLICACIONES

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 16.

Pandecta (dos números).

ELD 1992-1993 (Memoria del LXXX Aniversario de la Escuela).

Estudios Jurídicos núm. 5.

X. COOPERACIONES INTERINSTITUCIONALES

Don Jaime del Arenal Fenochio asistió a los siguientes Congresos y Coloquios y dictó las conferencias que se citan:

Coloquio: Cultura y Sociedad en América. Parte colonial. "Las Américas: crisol de culturas". Universidad Panamericana, México, D. F., 6 de octubre de 1992.

Seminario sobre las relaciones Iglesia-Estado. Universidad Panamericana, México, D. F. Mesa redonda sobre los antecedentes históricos de las relaciones Iglesia-Estado en México, 24 de noviembre de 1992.

III Congreso Nacional UNIV. 93. Felicidad y sufrimiento. Guadalajara, Jal., 12 de marzo de 1993. Conferencia: "La felicidad y el sufrimiento en el refranero mexicano".

Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N. L., 19 de abril de 1993. Conferencias: "La Masonería" y "Augusto Comte y el positivismo".

Simposio Internacional a Quinientos Años de las Bulas Alejandrinas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., del 3 al 5 de mayo de 1993. Ponencia: "El fin de un venerable título en la obra de cinco historiadores de la generación de la independencia mexicana".

Escuela Superior de Administración de Instituciones, México, D. F., 6 de mayo de 1993. Conferencia: "La educación en México. Perspectivas actuales".

Periódico *El Norte*, Monterrey, N. L., 21 y 22 de mayo de 1993. Conferencia: "Roma y el Derecho romano".

Residencia Universitaria Panamericana, 28 de mayo de 1993. Conferencia magistral "Hacia una concepción realista de la historia de México".

"La inquietante presencia del indio", ciclo de conferencias sobre "Quinto Centenario: análisis y perspectivas", en Residencia Universitaria Panamericana, 29 de septiembre de 1992.

"Reflexiones en torno al Quinto Centenario", XXI Convención Nacional de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A. C., Ixtapa-Zihuatanejo, 11 de octubre de 1992.

"Visión histórica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en México", Seminario Mayor de la Diócesis de Zamora, Mich., en Jacoana, 13 de octubre de 1992.

"El legado cultural de Roma", Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N. L., 30 de octubre de 1992.

"La importancia del Derecho romano", Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N. L., 2 de noviembre de 1992.

Al Centro de Estudios Profesionales de Chiapas, Fray Bartolomé de Las Casas, concurrieron a dictar conferencias: don Arturo Zaldívar, don Felipe Gómez Mont y doña Gisela Oscós Said.

En la Universidad de Mazatlán, Sin., dictó un ciclo de conferencias de Derecho Romano, en mayo, don Manuel López Medina, quien

quedó incorporado a dicha Universidad a partir del 30 de agosto de 1993, como profesor y director de la Escuela de Derecho.

XI. APÉNDICES

1. ALUMNOS RECIBIDOS Y TESIS PRESENTADAS

- 2333 Misael Santiago Dehesa Pulido
El artículo segundo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito.
4 de septiembre de 1992.
- 2334 Federico Eugenio Núñez González. * *Mención por su examen. Apertura del sistema bancario a la inversión extranjera en el marco del Tratado de Libre Comercio.*
4 de septiembre de 1992.
- 2335 Carlos Humberto Ponce Trejo
Estudio de los artículos 317 y 318 de la Ley General de Salud.
17 de septiembre de 1992.
- 2336 Alejandro Moncada Álvarez
Representación del concebido en el Derecho Civil.
17 de septiembre de 1992.
- 2337 Miguel Ángel Hernández Romo Valencia. ** *Tesis laureada y mención por el caso práctico.*
El desistimiento de la acción judicial en pretensiones solidarias.
18 de septiembre de 1992.
- 2338 Clemente Javier Ranero Puig
Arbitraje comercial.
8 de octubre de 1992.
- 2339 Marcela Castillo Nogueron. * *Mención por su examen.*
Prenda sobre valores.
9 de octubre de 1992.
- 2340 Fernando Villar Montekio
Los convenios internacionales para evitar la doble imposición.
28 de octubre de 1992.
- 2341 Luis Demetrio Santos Jiménez. ** *Tesis laureada y mención por su caso práctico.*
Condición suspensiva: naturaleza y efectos jurídicos.
30 de octubre de 1992.

- 2342 José Visoso Lomelín. * *Mención por su examen.*
El contrato de franquicia.
18 de noviembre de 1992.
- 2343 Francisco José Cortina Velarde
La integración laboral de los discapacitados.
27 de noviembre de 1992.
- 2344 Mónica Margarita Valle Cosío
El fideicomiso privado con fines de interés público.
9 de diciembre de 1992.
- 2345 Claudia López Vázquez
La prueba pericial en materia de controversias de arrendamiento inmobiliario.
10 de diciembre de 1992.
- 2346 Gerardo Servín Guiot. * *Mención por su caso práctico.*
La intervención del jurado popular en los delitos cometidos
11 de diciembre de 1992.
- 2347 Horacio Alfredo Tenorio Ramírez
El retracto en el Derecho Civil Mexicano.
14 de diciembre de 1992.
- 2348 Fernando Martínez García de León. * *Tesis laureada.*
Sobre la naturaleza de la enajenación judicial coactiva.
16 de diciembre de 1992.
- 2349 Carlos Andrés Millán García
La simplificación y armonización del procedimiento aduanero.
18 de diciembre de 1992.
- 2350 María Guadalupe Muñoz Reséndez
El fideicomiso testamentado.
14 de enero de 1993.
- 2351 Martha Araceli Castillo de Santiago
El incidente de incumplimiento de las sentencias de amparo.
18 de enero de 1993.
- 2352 Rafael Martín Brito Anderson
La actividad discrecional de la autoridad administrativa.
4 de febrero de 1993.
- 2353 Julián Fernández Rodríguez
Medios de defensa de los particulares frente a servicios públicos que presta el Estado directamente o a través de concesionarios.
18 de febrero de 1993.

- 2354 Álvaro Jesús Altamirano Ramírez. * *Tesis laureada.*
La baja productividad del trabajador como causal de despido justificado.
19 de febrero de 1993.
- 2355 Antonio Maluf Maloff. * *Mención por su examen.*
Algunos aspectos en torno al artículo 19 constitucional.
19 de febrero de 1993.
- 2356 Ulrich Richter Morales
La prueba y su valoración en el actual código de procedimientos civiles.
25 de febrero de 1993.
- 2357 Juan Pablo Salazar Andreu
Entorno jurídico de Agustín de Iturbide.
26 de febrero de 1993.
- 2358 Yuri González Roldán. ** *Tesis laureada.*
El conocimiento del orden jurídico natural a la luz de la recta razón.
26 de febrero de 1993.
- 2359 Pedro Bernardo Barrera Cristian. ** *Tesis laureada y mención por el caso práctico.*
Proyecto de unificación de los procedimientos ejecutivo civil y ejecutivo mercantil.
5 de marzo de 1993.
- 2360 Miguel Ángel Espíndola Bustillos
Naturaleza jurídica de la función notarial en el Distrito Federal.
5 de marzo de 1993.
- 2361 María Guadalupe Aguilar Ramírez
El protesto de pagarés.
12 de marzo de 1993.
- 2362 Maritza Salazar Gómez
Incumplimiento y mora en las obligaciones con prestación de no hacer.
18 de marzo de 1993.
- 2363 Francisco Cuevas Godínez. * *Tesis laureada.*
Pactos de concertación (análisis jurídico)
26 de marzo de 1993.
- 2364 Juan Manuel González Bernal
Es necesario comprender el régimen de celebración y ejecución

- de los tratados internacionales en México y proponer las reformas que perfeccionen la aplicación de los mismos.
10. de abril de 1993.
- 2365 Juan Pablo Rico Caso. * Tesis laureada y mención por su examen.
Una propuesta para atender al sector tradicionalmente marginado del sistema financiero.
23 de abril de 1993.
- 2366 Manuel Sánchez Álvarez
Perfil sociológico y jurídico del deporte.
28 de abril de 1993.
- 2367 Jorge Bustamante Orgaz
La similitud entre marcas.
29 de abril de 1993.
- 2368 Virginia Cristina Díaz Anaya
Los derechos humanos y el medio ambiente ante el estilo de desarrollo.
30 de abril de 1993.
- 2369 Federico Miguel Vergara Aldrete
Código federal de instituciones y procedimientos electorales: la necesidad de una reforma.
3 de mayo de 1993.
- 2370 Enrique Ignacio Meouchi Meouchi. * Tesis laureada.
Reflexiones sobre los principios generales del Derecho.
4 de mayo de 1993.
- 2371 María de la Luz Cervantes Trejo. * Mención por examen.
Polémica en torno a la segunda parte del artículo 133 constitucional.
12 de mayo de 1993.
- 2372 Fernando Gaytán Valle
El reglamento de mercados como un obstáculo para la modernización de ese canal comercial.
13 de mayo de 1993.
- 2373 Terpsicore Suárez Guati Rojo
La validez de la firma facsímil en el cheque.
14 de mayo de 1993.
- 2374 Alejandra de Ibarrola Dávalos. * Tesis laureada,

- Prospectivas para una llamada reforma política en el Distrito Federal.*
14 de mayo de 1993.
- 2375 Romeo Velásquez Cabrera. * Mención por el examen.
Algunas consideraciones jusnaturalistas frente a la inseminación artificial en seres humanos y su proyección positiva en la relación paterno-filial.
17 de mayo de 1993.
- 2375 Nancy Lorena Hevia Aguiar
Forma de designación de notario en el Estado de Baja California Sur.
19 de mayo de 1993.
- 2377 Sandra Méndez Medina
La individualización de la pena.
20 de mayo de 1993.
- 2378 René Alfonso Zoreda Zoreda
Consideraciones sobre la ley de celebración de tratados.
20 de mayo de 1993.
- 2379 Luis Antonio García Serrato. * Mención por el examen.
La nueva Ley Federal de Competencia Económica: un estudio comparado del sistema mexicano de protección a la competencia y de los sistemas en vigor en la Comunidad Económica Europea, Japón, España, Alemania y los Estados Unidos de América.
21 de mayo de 1993.
- 2380 Beatriz Eugenia Leycegui Gardoqui. * Mención por el examen.
Reflexiones en torno al régimen general de prevención, administración y solución de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio.
21 de mayo de 1993.
- 2381 Victor Hugo Yáñez Castellanos
El contrato de obra pública.
24 de mayo de 1993.
- 2382 Jorge Antonio Fernández Díaz
Algunas consideraciones sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica.
25 de mayo de 1993.

- 2383 Eduardo Gerardo Yépez Beteta
Posibles avances jurídicos en materia de patrimonio familiar.
26 de mayo de 1993.
- 2384 Fernando de Fátima García Méndez
La capitulación como antecedente de la franquicia.
26 de mayo de 1993.
- 2385 Rafael Manuel Sámano Palacios. * *Tesis laureada y mención al examen.*
El control constitucional, estudio y aplicación en el sistema jurídico mexicano.
27 de mayo de 1993.
- 2386 Diego González Luna González Rubio. * *Tesis laureada.*
Naturaleza jurídica y propuestas sobre los derechos derivados de la ley agraria.
27 de mayo de 1993.
- 2387 Olga María Vadillo Peón.
Los efectos que produce la interposición de la apelación extraordinaria.
28 de mayo de 1993.
- 2388 Mara Gómez Pérez
Código Federal Administrativo y notas para su correcta comprensión.
28 de mayo de 1993.

2. ALUMNO DIPLOMADO EN POSGRADO

El 16 de agosto de 1993 el alumno Christopher Bercaw presentó su examen para obtener el diploma de posgrado, presentando un *Breve estudio del capítulo de inversión extranjera del Tratado de Libre Comercio.*

3. ALUMNOS PREMIADOS

Primer año A

- 2o. premio
Beatriz González Sandoval
Luz María Sobrino Corzo

Primer año B

- 2o. premio
Carlos Mochón Sacal
Gonzalo Eugenio Ruy-Díaz

Primer año C

- 1er. premio
Ernesto Enríquez Castillo
Luis Gómez Romero
Juan Pablo Pampillo Baliño

- 2o. premio
Jesús Armando García Lara
Diego Roberto Lara García
Gerardo Rodrigo Lara García
Carlos Alberto López de Nava V.

Segundo año A

- 1er. premio
Eugenia González Rivas

- 2o. premio
Jorge Asali Harfuch
Ulises Raymundo Pin Fernández
Mónica Lizzy Ramírez Pérez

Segundo año B

- 1er. premio
Arturo Bautista Fernández Llarena

- 2o. premio
Luis Burgueño Colín
Gregorio Delfino Castillo Porras
Javier Domínguez Torrado
David Kahan Cimet

Jenaro Jorge Morales Martínez
 Arcelia Olea Leyva
 Humberto Raúl Rivero Silva
 Héctor Gabriel Sequelis Taboada
 María del Carmen Vargas Martínez

Tercer año A

No hay premios

Tercer año B

1er. premio

Alejandro Ostos Fulda

2o. premio

Felipe de la Mata Pizaña
 Marcela Lara Fernández
 Rodrigo Orozco Waters
 Stephan Harald Tribukait V.

Cuarto año A

2o. premio

María Fernanda Barrera Cristiani

Cuarto año B

2o. premio

Juan Antonio Dorantes Sánchez

Quinto año A

No hay premios

Quinto año B

1er. premio

Ricardo Luis Moré Domenech

2o. premio

Juan García de Acevedo Chávez
 Erik Namur Campesino
 Boris Alain Otto Lira
 Guillermo Pérez Santiago

4. PREMIO "EDUARDO TRIGUEROS SARABIA"

Ofrecido por el Banco Nacional de México, S. N. C., para el autor de la mejor tesis laureada por la Escuela (N \$ 10,000.00 y diploma), correspondió y fue entregada en la ceremonia de iniciación de cursos del 30 de agosto de 1993 a don Pedro Bernardo Barrera Cristiani: *Proyecto de unificación de los procedimientos ejecutivo civil y ejecutivo mercantil* (5 de marzo de 1993).

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y LA OPERACIÓN ADUANERA EN MÉXICO

Emilio Romano Mussali

SUMARIO: 1. *Antecedentes de la política aduanera en México.* 2. *La "Nueva Aduana" de México.* 3. *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.* 4. *Expectativas.*

1. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA ADUANERA EN MÉXICO

En el transcurso de los últimos años, nuestro país ha experimentado cambios profundos en su política aduanera, algunos de manera gradual y otros de fuerte impacto, pero todos en beneficio del comercio exterior.

La política de sustitución de importaciones, vigente en el periodo 1946-1970, había obligado a la aduana a constituirse en un elemento de protección a la industria nacional. Durante estos años y, como consecuencia de esta política, México conformó un sistema que recurrió a la utilización de aranceles como instrumento de política económica. Dicho mecanismo se complementó con la utilización de permisos previos, precios oficiales y otras medidas no arancelarias.

La dinámica de la actividad económica, así como la constante búsqueda de salidas a los excedentes en la producción, motivó la participación de México como país miembro en el Tratado de Montevideo (1960). Con la constitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), los países de la región intentaron crear un sistema de integración comercial que tendría como finalidad establecer los mecanismos para la liberalización del comercio en el área.

Dentro de los trabajos de este foro se creó un sistema uniforme de nomenclaturas para Latinoamérica que siguió el sistema de clasificación de Bruselas, se diseñó el método de valoración de Bruselas y se uniformaron los aranceles aduaneros "ad-valorem". Adicionalmente,

se homologaron regímenes aduaneros y se logró la incorporación al Tratado de Bruselas de la mayor parte de los países de la región.

La ALALC permitió adoptar un lenguaje común aduanero pero en el intercambio de productos no se obtuvo el avance esperado y, como resultado de ello, se creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), como un nuevo organismo tendiente a modernizar sustancialmente el marco regulatorio en esta materia. Al amparo de esta Asociación se celebraron diversos acuerdos de alcance parcial que constituyeron el primer antecedente de acuerdos comerciales, los cuales otorgaron preferencias arancelarias para importaciones de productos originarios de los Estados Contratantes.

Durante el periodo 1946-1970, México contaba con aranceles elevados que fluctuaban en relación con el grado de elaboración de los bienes, llegando a alcanzar niveles hasta del 100 por ciento. El 95 por ciento de la tarifa del impuesto general de importación estaba sujeta a algún tipo de control, ya sea a través de cuotas, licencias o permisos de importación, por lo que el papel de la aduana se encontraba muy minimizado.

En los años setenta se integró un programa de promoción a las exportaciones que comprendía la importación de insumos libre de impuestos, el otorgamiento de créditos a la exportación y la expedición de certificados de devolución de impuestos; a partir de este momento, México empezó a participar en forma decisiva en el comercio internacional y a preparar su plataforma productiva hacia este objetivo. La ruptura del modelo de protección industrial y de sustitución de las importaciones se presentaba como necesaria e inevitable.

El proceso de apertura comercial se inició formalmente en 1985 con la reducción de los requerimientos de permisos previos a la importación y la simplificación de las tarifas a la importación y exportación. En esta etapa se liberó del requisito de permiso previo a casi el 60 por ciento de las fracciones que hasta entonces se encontraban sujetas a dicho requisito y finalmente, en 1988, se eliminaron los precios oficiales.

Para 1986, el desarrollo comercial del país encontró nuevos cauces con el ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). A partir de este momento las exportaciones de nuestro país han crecido considerablemente, de tal manera que éstas se duplicaron en los últimos cinco años y se espera que para 1994 se dupliquen nuevamente respecto del nivel alcanzado en 1992.

Actualmente, el arancel máximo en México es de 20 por ciento, con un promedio de alrededor del 10 por ciento y sólo el 1.5 por ciento de los productos requieren permisos de importación.

En tan sólo unos años, México se ha convertido en el segundo país que mayores productos manufacturados adquiere de los Estados Unidos de América. Es muy probable que en el corto plazo pasemos a ser el segundo socio comercial de ese país, superando a Japón y estando sólo por debajo de Canadá. Tomando en cuenta que la aduana es el punto de contacto de los productos mexicanos con el exterior y ante el incremento de la interdependencia de nuestro comercio con el extranjero, la operación eficiente de la aduana se presenta como una de las más altas prioridades para lograr el éxito de la política económica de nuestro país y, con ello, la elevación del nivel de vida de los mexicanos.

2. LA "NUEVA ADUANA" DE MÉXICO

Tradicionalmente la aduana en México había estado operando con una dirección centralizada sin una supervisión sistemática, lo que había propiciado la existencia de una diversidad de criterios en la aplicación de la Ley por parte de las autoridades y un alto grado de discrecionalidad e incertidumbre jurídica para los importadores y exportadores. Los procedimientos para el despacho de las mercancías eran complicados y costosos, ya que implicaban largos periodos de almacenamiento y la práctica del reconocimiento a discreción de la autoridad, respecto de todas las mercancías de importación, acrecentaba aún más el problema.

El registro de información estadística era rudimentario, toda vez que la captura era manual, y los datos con los que se contaba eran inexactos e inoportunos. Existía un Registro Nacional de Importadores y Exportadores que no cumplía con sus objetivos debido a la mala calidad de la información que proporcionaba.

A partir de 1980, se inició una reforma sustancial a la administración y operación de las aduanas para adaptarlas al proceso de apertura económica del país. Esta reforma tenía como objetivos agilizar los procesos; reducir los trámites y el costo de las operaciones; sistematizar los procedimientos y lograr una mayor precisión en la estadística de comercio exterior, haciendo más ágil el despacho de las

mercancías, incrementando con ello la recaudación en este rubro y otorgando seguridad jurídica a los importadores y exportadores.

A partir de 1982, con la entrada en vigor de la Ley Aduanera, se introdujeron cambios importantes a la reglamentación de las actividades de comercio exterior en lo referente al despacho aduanero, siendo una de las más significativas la relativa a la autodeclaración, que permite al importador determinar y pagar sus impuestos antes del despacho de las mercancías.

Posteriormente se introdujeron otros cambios de importancia como la introducción del sistema de selección aleatoria el cual, mediante un proceso electrónico, determina las mercancías que se sujetarán a revisión aduanera o a desaduanamiento libre. Con esto se redujo la discrecionalidad de las autoridades aduaneras, se agilizó el despacho de las mercancías y se otorgó una mayor seguridad jurídica al particular, sin limitar las facultades de comprobación de la autoridad, quien siempre puede verificar con posterioridad al despacho el cumplimiento de las obligaciones en materia de comercio exterior. Esta reforma redujo notablemente el tiempo para la internación de las mercancías y los costos de operación.

Con el objeto de facilitar el registro de las operaciones de comercio exterior y de contar con información precisa y oportuna, se hizo necesario establecer un mecanismo para que los agentes aduanales hicieran la entrega periódica en medios magnéticos de la información detallada respecto de las transacciones en las que intervienen. En enero de 1990, se implantó un sistema computarizado de captura para la obtención de datos de las operaciones de comercio exterior, denominado CADEPA (Captura Desconcentrada del Pedimento Aduanal), mediante el cual los agentes o apoderados aduanales, la aduana y el módulo bancario de recaudación, proporcionan en medios magnéticos la información de las operaciones en que intervienen y la envían periódicamente a la Administración General de Aduanas, en donde se valida y concentra.

Existen también dos sistemas de comunicación informática, el Sistema Integral de Recaudación (SIR) y el Sistema de Automatización Aduanera Integral (SAAI). Este último, que ya se encuentra operando en diversas aduanas del país y está en vías de incorporarse en todas ellas en breve plazo, permite la obtención y utilización de la información sobre operaciones de comercio exterior en forma actualizada, exacta y oportuna, a través de la comunicación permanente "en

línea" de todas las terminales de cómputo que participan en el despacho de las mercancías con la unidad central de la Secretaría.

Se introdujo el segundo reconocimiento aduanero como medida adicional para garantizar la transparencia del proceso de verificación de las mercancías en la aduana. Esta segunda revisión se encuentra a cargo de particulares con la suficiente experiencia y solvencia económica y moral, que son autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para desempeñar esta importante función que consiste en realizar una segunda verificación selectiva de las mercancías y de los datos asentados en el pedimento.

Las medidas descritas son sólo unas cuantas de las que se han tomado y que han logrado transformar a la aduana de México hasta llegar a lo que muchos han empezado a llamar "la nueva aduana". El flujo ágil de las mercancías a través de las fronteras, el mejor control y seguimiento de las operaciones, además de una mayor recaudación que en 1992 produjo ingresos por 11,983.3 millones de nuevos pesos por concepto de importaciones y por 37.9 millones de nuevos pesos en exportaciones, son los resultados principales del cambio. El concepto del despacho de las mercancías que surgió como un conjunto de procedimientos formales y exhaustivos, ha sido sustituido por la utilización de mecanismos basados en la automatización, autoliquidación y verificación selectiva.

El proceso de modernización de la aduana y de su incorporación al contexto internacional responde a una nueva realidad de las relaciones comerciales entre México y el resto del mundo, en las que la aduana deja de conceptualizarse como una "fortaleza" o un resguardo de las fronteras, para pasar a ser un instrumento de control selectivo, de recaudación de las contribuciones al comercio exterior, e incluso en un incentivo para el comercio internacional, a través del establecimiento de mecanismos simplificados, de la eliminación de trámites innecesarios y de la agilización en el tránsito de las mercancías entre las fronteras.

3. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) representa un nuevo reto para las aduanas de los tres países signatarios. Los cambios que se han efectuado en la aduana de México facilitarán significativamente la instrumentación de las medidas contenidas en

el Tratado, especialmente el de la aplicación de las reglas de origen, que por su complejidad y trascendencia requerirán de un mayor esfuerzo para lograr su asimilación y así poder llevar a cabo una verificación efectiva de su cumplimiento.

A. Reglas de origen

Las reglas de origen del TLC tienen por objeto establecer las bases conforme a las cuales se determinará si un producto puede ser considerado como originario de la región y, por lo tanto, tiene derecho al tratamiento arancelario preferencial contenido en el mismo. Con ello, se garantiza que sólo los productos de la región obtengan el trato preferencial.

Con este propósito, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte se diseñaron reglas de origen específicas para cada uno de los productos contenidos en la Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación. Las reglas de origen del TLC se basan en el criterio de cambio de clasificación arancelaria, estableciendo en ocasiones el requisito adicional de contenido de valor regional.

En el marco del Tratado, se considera a un bien como originario del territorio de una de las partes cuando:

- a) el bien es obtenido en su totalidad o producido enteramente en el territorio de una o más de las Partes;
- b) el bien se produzca enteramente en territorio de una o más Partes, exclusivamente a partir de materiales originarios; o
- c) cada uno de los materiales no originarios que se utilicen en la producción del bien sufra un cambio de clasificación arancelaria conforme a lo dispuesto en el Anexo 401, como resultado de la transformación que haya sufrido en territorio de una o más de las Partes;
- d) cumpla, en su caso, con el requisito de contenido de valor regional.

El TLC, en su Anexo 401, contiene las reglas específicas de cambio de clasificación arancelaria y los requisitos mínimos de contenido de valor regional para cada fracción arancelaria. El requisito de cambio de clasificación arancelaria se basa en la identificación de componentes considerados como esenciales en la elaboración de un producto, que deben provenir de la región para que este último se considere como originario. La regla general de cambio de clasificación establece que cada uno de los materiales no originarios utilizados en la produc-

ción de un bien debe sufrir el cambio de clasificación arancelaria descrito en el Anexo 401.

Por otro lado, el TLC establece los requisitos de contenido de valor regional mínimo que debe cumplir un bien para considerarse como originario de la región cuando la regla de origen que le sea aplicable así lo establezca. Para calcular el contenido de valor regional se prevén dos métodos, el método del valor de la transacción y el de costo neto, que involucran dos factores, el valor del bien final y el de sus insumos no originarios.

El valor de transacción es el precio pagado o por pagar al productor del bien de que se trate, calculado con base "free on board" (FOB), con los ajustes que establece el Código de Valoración en Aduanas del GAT. El cálculo del costo neto del bien se obtiene de disminuir al costo total de producción del bien, los costos por concepto de regalías, promoción de ventas, empaque y embarque.

Por regla general, el productor o exportador podrá elegir el método mediante el cual se ha de determinar el contenido de valor regional de un bien. Sin embargo, se establecieron algunas excepciones a esta regla cuando no existe valor de transacción o éste no sea admisible conforme al Código de Valoración del GATT, así como para algunos productos, tales como autopartes y máquinas procesadoras de palabras. Tratándose de productos de la industria automotriz, el valor de las autopartes que se importen de terceros países se debe identificar a lo largo de la cadena productiva, para así calcular con mayor precisión el contenido regional en estos productos.

La instrumentación de estas reglas implicará para los importadores, exportadores, productores, agentes aduanales y autoridades, el conocimiento del Sistema Armonizado y del Código de Valoración Aduanera del GATT, así como el manejo de contabilidad y principios de costos. Resultará de especial importancia para una correcta determinación de origen, que los principios del Código de Valoración Aduanera del GATT, recién adoptados en México, así como la clasificación arancelaria de las mercancías con base en el sistema armonizado, se interpreten y apliquen de manera uniforme entre los países que forman parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

B. Reglas especiales

En el Tratado se acordaron cuatro supuestos adicionales que permitirán que un producto califique como originario aun cuando no cumpla los requisitos señalados en el Anexo 401.

a) Bienes desensamblados y bienes clasificados junto con sus partes. Tratándose de productos clasificados en el mismo rubro que sus partes, así como para productos cuyos componentes se importan sin ensamblar y que se clasifican bajo la misma fracción arancelaria que el producto ensamblado, se permite que califiquen como originarios, siempre y cuando cumplan con un contenido regional mínimo.

b) Declaración de materiales intermedios.

Como regla general, al determinar el origen de un producto final, el productor deberá considerar los materiales adquiridos como totalmente originarios o como totalmente no originarios, aun cuando puedan tener una parte de contenido regional y otra de contenido extrazonal.

Por el contrario, el productor integrado que utilice materiales de fabricación propia en la elaboración de un bien sujeto a requisito de contenido regional, únicamente podría acumular la proporción del material correspondiente a los insumos y procesos llevados a cabo en la región.

Para evitar la disparidad entre el tratamiento aplicable a productos integrados verticalmente frente a los que no lo están, se acordó permitir al productor contabilizar un material de fabricación propia de la misma manera que si fuera adquirido, al declararlo como material intermedio. No obstante lo anterior y para evitar el abuso de esta disposición, sólo puede designarse un material intermedio para cada producto.

c) Acumulación

Como se mencionó en el punto anterior, al determinar el origen de un producto final el productor considerará los materiales adquiridos de sus proveedores como totalmente originarios o como totalmente no originarios, independientemente de que contengan o no un valor regional incorporado.

Con el objeto de evitar que el productor se vea obligado a ignorar el contenido regional incorporado en los materiales no originarios utilizados en la producción del bien, se permitirá que el productor acumule la producción de sus proveedores con la propia, a fin de tomar en

cuenta todos los procesos llevados a cabo por sus proveedores en la región.

d) Regla "De minimis"

Conforme a esta cláusula, el Tratado permitirá que un producto sea considerado como originario aun cuando algunos de los materiales empleados en su producción no cumplan con el requisito de cambio de clasificación aplicable, siempre que el valor de tales materiales no exceda del 7 por ciento del costo total del bien.

C. Administrador del Tratado

Por lo que se refiere a la administración del Tratado, resaltan por su importancia los siguientes puntos:

a) El establecimiento de un proceso de certificación común para los tres países

El Tratado prevé la instrumentación entre las tres Partes de un formato uniforme de certificado de origen. Este formato tiene por objeto acreditar que un bien que se exporta de uno de los países de la región a otro, califica como originario y es acreedor al tratamiento preferencial.

El certificado podrá amparar una o más importaciones de un determinado tipo de bien efectuadas en el periodo que se señala en el documento, que no podrá ser mayor de un año, teniendo una vigencia máxima de cuatro años a partir de la fecha de su expedición.

El exportador del bien será el responsable de la emisión del certificado y para su elaboración podrá basarse ya sea en su propio conocimiento de que el bien califica como originario, en una manifestación escrita del productor, o bien, en una certificación expedida voluntariamente por el productor del bien.

El exportador deberá proporcionar el certificado de origen al importador que pretenda solicitar un trato arancelario preferencial y deberá entregar una copia del mismo a la autoridad aduanera cuando ésta así lo solicite.

b) El establecimiento de mecanismos para verificar el origen de las mercancías

Conforme al TLC, la autoridad aduanera del país destinatario de los bienes será la responsable de efectuar la revisión de los certificados expedidos por los exportadores o productores del extranjero.

Esta facultad permitirá la entrada de autoridades aduaneras de un Estado Parte a las instalaciones de un productor en algún otro Estado, con el objeto de determinar si un bien importado al amparo de las preferencias arancelarias negociadas califica efectivamente como originario de la región.

Las verificaciones del origen de un bien se efectuarán principalmente mediante cuestionarios y visitas de verificación, los cuales permitirán revisar los libros y registros contables así como, en su caso, las instalaciones en donde se lleve a cabo la producción del bien. Para facilitar esta función, se ha acordado la elaboración en los próximos meses de un Manual de Auditoría común para los tres países.

Las visitas referidas anteriormente se sujetarán para su realización a una serie de requisitos formales que deberán cumplirse por la aduana del país del importador que efectúe la verificación. Cabe señalar que en ningún caso se podrán ejercer actos de autoridad en el país del exportador. Para poder realizar una visita se requerirá, adicionalmente, el consentimiento previo de la aduana del país de exportación y del mismo exportador.

El Estado que efectúe la verificación deberá proporcionar al exportador o productor del bien sujeto a verificación, una resolución escrita en la que determine si el bien califica como originario. Dicha resolución deberá incluir las consideraciones de hecho y de derecho que fundamenten la determinación, la cual podrá ser recurrible ante una autoridad administrativa distinta a la que emitió la misma y en los tribunales del país del importador.

El Tratado contempla como una obligación de las partes el mantener la confidencialidad de la información comercial que se obtenga, conforme a lo establecido en su legislación interna y se establece que sólo podrá divulgarse a las autoridades responsables de la administración y aplicación de las disposiciones fiscales y aduaneras.

c) La expedición de dictámenes anticipados

Para facilitar la operación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y dar certidumbre a los exportadores e importadores de los tres países, sus respectivas autoridades aduaneras emitirán dictámenes anticipados, los cuales serán obligatorios en tanto no cambien las circunstancias y condiciones imperantes en el momento de su expedición.

Los dictámenes anticipados serán resoluciones emitidas por las autoridades aduaneras del país importador con anterioridad a la importa-

ción de bienes a su territorio. A través de estos dictámenes la autoridad determinará, a solicitud del importador, exportador o productor en el territorio de las contrapartes, la aplicación de disposiciones en materia de cambio de clasificación arancelaria, contenido de valor regional, valoración en aduana, asignación de costos para el cálculo del costo neto de un bien o el de un material, origen o marcado de país de origen de un bien, así como el trato preferencial respecto de los bienes que se retornen al país después de haber sido exportados para su reparación o alteración.

En México ya existe la posibilidad de que los particulares efectúen consultas a las autoridades sobre la correcta aplicación de una disposición determinada a un caso concreto, así como sobre la clasificación arancelaria de mercancías; el Tratado introducirá nuevos enfoques, especialmente por lo que se refiere a la expedición, modificación o revocación de dictámenes anticipados y a la validación de metodologías para la determinación del contenido regional de un bien.

Los dictámenes anticipados constituyen un elemento decisivo para facilitar el intercambio comercial entre las Partes al amparo del tratamiento preferencial acordado y otorgar una mayor seguridad jurídica a los importadores, exportadores y productores de bienes, en virtud de que les permite conocer de antemano los criterios que aplicará la autoridad del país importador en la verificación de la correcta aplicación de los tratamientos preferenciales.

d) El establecimiento de medios de defensa

Un objetivo importante en la negociación del Tratado fue el de asegurar que los exportadores y productores de cualquiera de las tres Partes, recibieran el mismo tratamiento en materia de medios de defensa que los importadores del país al cual se destinan sus productos.

En el Tratado se acordó que cada una de las Partes deberá otorgar sustancialmente los mismos derechos de revisión e impugnación que otorga a los importadores en su territorio, a cualquier persona que haya firmado un certificado de origen, o bien, que haya sido objeto de una determinación de origen, de una resolución sobre marcado de origen o de un dictamen anticipado.

Además de los procedimientos de defensa previstos en el Capítulo XVIII del TLC, los productores y exportadores mexicanos tendrán acceso, por lo menos, a una revisión de carácter administrativo y a una judicial o cuasi-judicial de cualquier resolución dictada en rela-

ción a sus productos por parte de las autoridades del país de importación.

e) El establecimiento de un mecanismo de cooperación entre las Partes

El Tratado establece el compromiso de las Partes de notificarse mutuamente las resoluciones o determinaciones de origen que hayan expedido o estén en vías de aplicar, relacionadas con clasificación arancelaria, valoración, asignación de costos o cualquier otro asunto que pudiera afectar la determinación de origen de un bien y de esta forma asegurar la interpretación uniforme de las reglas de origen.

Asimismo, las Partes se comprometen a cooperar en el intercambio de estadísticas sobre importación y exportación de bienes, la armonización de la documentación empleada, la normalización de los elementos de información, la aceptación de una sintaxis internacional de datos y el intercambio de información y documentación aduanera.

f) Elaboración de Reglamentaciones Uniformes

Tomando en consideración la complejidad de las disposiciones de los capítulos IV (Reglas de Origen) y V (Procedimientos Aduanales) del TLC, las tres Partes acordaron elaborar conjuntamente reglamentaciones uniformes que contengan las reglas de interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en los capítulos mencionados.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en colaboración con las autoridades aduaneras de los Estados Unidos de América y Canadá, están elaborando las reglamentaciones uniformes y se espera concluir las en unos cuantos meses más para que puedan ser aplicadas por los tres países a partir de la entrada en vigor del Tratado.

4. EXPECTATIVAS

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte ofrecerá a los fabricantes nacionales mejores condiciones para el acceso de sus productos a un mercado de alrededor de 362 millones de personas. Con ello se permitirá el mejor aprovechamiento de los recursos y de los procesos productivos de la región y se reducirá la discrecionalidad en la aplicación de medidas arancelarias y no arancelarias de protección a la entrada de bienes de los Estados Partes.

Por otra parte, el Tratado hará necesario revisar los procedimientos, sistemas y mecanismos para el intercambio de información de cada

país, uniformando las prácticas y los criterios existentes, con el objeto de lograr una mayor integración en el despacho y facilitar el comercio entre la región. Las aduanas de México, Estados Unidos de América y Canadá han introducido procesos automatizados y de simplificación a fin de facilitar el despacho de los productos, disminuir los costos de operación para los importadores y para la aduana y mejorar el nivel de cumplimiento de la ley una vez que entre en vigor el TLC.

Si bien la legislación aduanera mexicana se encuentra a la altura de las necesidades que plantea este nuevo acuerdo comercial, la operación e instrumentación de las reglas de origen requerirán de grandes esfuerzos, tanto de capacitación, como de difusión, ya que aun cuando no son una novedad para los importadores, exportadores, agentes aduanales y autoridades en México, la trascendencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el grado de detalle que se alcanzó en el texto de las reglas contenidas en dicho instrumento, establecen un marco regulatorio del comercio entre los países de América del Norte muy distinto al que habíamos estado acostumbrados a utilizar hasta esta fecha.

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES *

José Luis SIQUEIROS

SUMARIO: *Introducción. I. El trasfondo sociodemográfico. II. Tráfico ilícito de menores. III. El ámbito internacional. IV. Los principios que deben regular la adopción. V. Adopción plena. VI. La nacionalidad. VII. La revocabilidad. VIII. Las posibles reformas a la legislación mexicana. IX. Proyecto de Convención relativo a la Cooperación Internacional y a la Protección del Niño en materia de Adopción Transnacional. X. Nuevo Anteproyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.*

INTRODUCCIÓN

La adopción en sí, como institución del Derecho civil, tiene antecedentes y raíces muy antiguas. Por primera vez encontramos citas relativas a la adopción en el Código de Hammurabi, (estamos hablando de veinte siglos A.C.) en Siria y en Caldea; ya en épocas más modernas, o sea menos antiguas que la babilónica, encontramos también rastros de la adopción en Egipto, Grecia e igualmente en Roma. En el derecho de la antigua Roma coexistían la *adrogatio* y la adopción, sólo que esta institución (en sus más remotos antecedentes) no se visualizaba como la encuadramos ahora: es decir, como una institución civil dedicada a la protección y cuidado del menor. El fin primordial de la adopción en estas épocas antiguas era el de continuar el culto a los manes, a los dioses, el perpetuar la descendencia y en algunos casos las dinastías. Así, por ejemplo, emperadores tan conocidos como Tiberio y Nerón fueron hijos adoptivos; pero la finalidad en esa época, repito, era simplemente continuar la línea de descendencia y no se limitaba la adopción al caso de menores, es decir, los favorecidos por esa institución no eran necesariamente personas de

* Conferencia dictada en la Escuela Libre de Derecho el día 22 de octubre de 1992.

minoría de edad o incapacitados, sino principalmente púberes y normalmente del sexo masculino; no estaba permitida la *adrogatio* ni la adopción para las mujeres, ni para los impúberes. Así que el concepto, aunque pudiera terminológicamente considerarse como una raíz originada en las instituciones de Grecia y Roma, las finalidades que se perseguían con la misma eran diferentes.

En Francia no existió la adopción sino hasta el Código Napoleón. En 1804 asoma por primera vez la institución en el Código que lleva su nombre y muchos dicen que uno de los instigadores para la inclusión de esta institución en el Código Civil fue el propio Napoleón Bonaparte, que quería tener un hijo adoptivo. El hecho es que la adopción se recogió en el Código Napoleónico, que tanta influencia tuvo en las legislaciones de origen romano-germánico. Sin embargo, se trataba de una adopción de efectos sumamente limitados y no fue hasta el año 1939 cuando Francia acoge la llamada adopción plena, aquella en la cual el adoptado pasa a formar parte de la familia del adoptante como si fuese un hijo legítimo; es decir, la filiación completa. Surge también otra institución parecida, la legitimación adoptiva, que han recogido muchos países de América del Sur y es aquella que se ejerce en favor de los niños abandonados o dejados expósitos en los orfanatos.

En México todavía este tipo de adopción (la llamada legitimación adoptiva) no se contempla en el Código Civil, aunque como lo veremos más adelante, fue ya acogido en la Convención Interamericana de Conflictos de Leyes en materia de adopción, de la que México ya es estado contratante. En breves palabras, es la que se ejerce en favor de los niños expósitos.

¿Por qué la adopción ha causado tantos temores, tanta publicidad...? Ustedes ven en los periódicos, en las revistas, en los distintos medios de comunicación, la alarma que constituye el tráfico ilegal de menores. Las finalidades ilícitas se materializan mediante un disfraz o una simple camisa legal, que puede ser la adopción, a fin de llevar a cabo actividades condenables o punibles como la llamada "exportación" de niños a otros países.

I. EL TRASFONDO SOCIODEMOGRÁFICO

Esto tiene cierta explicación social y demográfica. En el aspecto demográfico, existen países de un alto índice de natalidad; son preci-

samente aquellos que no han alcanzado un cierto grado de desarrollo económico, y países de una alta planificación familiar, con un pequeño coeficiente de natalidad, a tasa cero o a tasa medio por ciento anual, insignificante si comparada con la de algunos países en América Latina y Asia, en donde la tasa de natalidad llega a exceder el tres por ciento anual. Las familias de aquellos países altamente industrializados, por razones obvias, desean acoger en el seno de sus familias a infantes, o menores que en su propio país no van a encontrar.

También en el caso de grandes conflictos bélicos internacionales, ocupaciones militares, mueren muchos de los combatientes y quedan niños huérfanos, situación social que también acontece en países de alta emigración, cuando en busca de trabajo los adultos, los jefes de familia o los varones casados, o por casarse, emigran y dejan atrás de ellos, abandonados (muchas veces también por la madre) a menores inocentes.

II. TRÁFICO ILÍCITO DE MENORES

Todo esto ocasiona o propicia una situación irregular, o sea el llamado tráfico de menores, que comenzó a ser palpable después de la Segunda guerra mundial y con posterioridad a las guerras de Corea y de Vietnam. Esta situación se presenta con distintos objetivos; uno de ellos es el obtener (esto es muy triste mencionarlo pero lamentablemente es una realidad social), mano de obra barata. Bajo el disfraz de la adopción o de otros métodos subrepticios, se llevan a niños y niñas a cumplir fines inmorales y en el caso de las menores muchas veces a la prostitución: hay rumores, no puedo decir que sea un caso realista, pero se menciona con cierta frecuencia, que los niños que se "exportan" son conducidos a otros países para extirparles alguno de los órganos vitales y trasplantarlos en otros niños del país de "importación".

En sí, esas situaciones tan graves, tan preocupantes, se llevan a cabo dentro de ciertos métodos lejos de la juridicidad y solamente bajo una apariencia legalista; los traficantes y las personas involucradas en estos manejos los llevan a cabo a través de pagos ilícitos a las madres, a veces mediante francos secuestros, otras con fraudes y engaño, haciéndoles creer que los van a llevar a una escuela primaria, a un colegio militar, a un mejor orfanato en el extranjero. Logran su propósito mediante la intervención de organismos o de agencias,

como se autollaman, dedicadas a la adopción y establecidas con fines de tipo lucrativo absolutamente ilícito. Al llevar a cabo estas actividades se realizan adopciones (llamaríamosles como se llamaron antes a los divorcios) "al vapor", con actas de nacimiento ficticias. Llevan a los niños recién nacidos ante jueces del Registro Civil, se compran testigos falsos que manifiestan que el niño que en ese momento se está registrando nació en tal lugar y en tal fecha y que es hijo de las personas que comparecen ante el juez del Registro Civil sin verdaderamente serlo. Sin embargo, queda el niño registrado, no como adoptivo, sino como hijo de un matrimonio; a veces simplemente con el reconocimiento de alguno de los padres. No deja de existir algo de corrupción entre los mismos funcionarios, (hay recursos amplísimos para poder obtener estas finalidades), sin que existan los mecanismos de control para poder impedir la "exportación", incluso tratándose de adopciones que se realizan con cierta legalidad y en la que intervienen organismos calificados como puede ser el D.I.F.

Lo que nos falta es hacer el llamado "seguimiento", para saber si el niño supuestamente adoptado con los cuidados necesarios y dentro del marco de la legalidad mexicana, sigue siendo compatible en su nuevo hogar; si las esperanzas que se tenían de encontrar para él una familia en donde pudiera formarse, educarse, llegar a ser un buen ciudadano, han sido infructuosas o exitosas; es decir, hace falta una vigilancia posterior, tal vez por los miembros del servicio exterior mexicano, o por un mejor control de los funcionarios de la Secretaría de Gobernación, a fin de impedir la salida de los niños mediante la exigencia de un permiso especial; en fin, y más que todo, un periodo en que se pudiera (antes de consumarse la adopción en forma definitiva), establecer la compatibilidad y el desempeño armónico entre los padres potenciales y el niño candidato a ser adoptado.

III. EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Por todos esos motivos, y dentro del ámbito internacional, se ha generado una grave preocupación. Esta ha trascendido a las Naciones Unidas. La temática de la defensa y la protección de menores llegó a ocupar la atención de la ONU. A principios de 1991 apareció en el Diario Oficial la Convención sobre los Derechos del Niño, (publicada el 25 de enero de 1991). Esta Convención es un catálogo, una lista

de todos los derechos humanos enfocados directamente a la infancia. En el artículo 21 se contienen aquellos relativos a las adopciones; en él se establece que los estados partes (México entre otros) velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo y a las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales.

Entre otros de los incisos del artículo 21, artículo fundamental de este instrumento, se establece que las partes velarán porque el niño que va a ser adoptado en otro país goce de las salvaguardias y normas equivalentes a las que existen respecto a la adopción en su país de origen; esto, claro, cuando las normas del país de origen sean protectivas y de salvaguardia en favor del menor; cuando las normas y los estándares de protección del niño en su lugar de origen no lo son, esta garantía no logra su objetivo.

Los estados partes, dice la Convención, adoptarán las medidas apropiadas para garantizar que en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; por último, promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo, mediante la concertación de arreglos e acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán dentro de este marco para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades y organismos competentes.

IV. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN REGULAR LA ADOPCIÓN

Dentro de este marco de la Convención de los Derechos del Niño, que sólo vino a ratificar la Declaración de los Derechos del Niño en materia Social y Económica de 1986 (también de las Naciones Unidas), se han ido adoptando en forma paulatina distintos principios generales, que quisiera exponerles para su consideración. El principio o norma general es velar por el interés superior del menor, es decir, que en todos estos problemas que se van a confrontar en las adopciones de país a país, lo que prevalezca no sea el interés de los potenciales padres adoptantes, ni los intereses de los estados involucrados, ni siquiera los intereses de las familias biológicas del niño

adoptado, sino que la piedra angular del problema sea el interés superior del niño.

«Otro objetivo es que la adopción internacional tenga un carácter subsidiario. Este en un principio adoptado en las convenciones del niño, universal e interamericana, y lo que trata de recoger este precepto es que antes de que el niño sea candidato a ser adoptado internacionalmente, se agote la viabilidad de colocarlo en una familia del mismo lugar. Si se tratara de un niño mexicano, susceptible de adopción fuera del país, debería el organismo público o el organismo privado autorizado, agotar las posibilidades de una adopción mexicana o de colocarlo en guarda o al cuidado de otra organización en el propio país. Se considera que es preferible que los niños permanezcan en su país de origen y sólo ser subsidiariamente colocados en adopción internacional.

Evitar en lo posible las llamadas adopciones "de facto", aquellas que se realizan sin llevar a cabo las formalidades administrativas y judiciales, y que son indispensables para darle a la institución la seriedad y la formalidad requerida, es decir, *de jure*.

Los problemas relacionados con la ley del adoptante, la ley del adoptado, así como si la autoridad judicial del país de origen o la del país de recepción, son igualmente importantes. Asimismo, una vez que la adopción se ha autorizado, si la misma debe ser reconocida por las autoridades judiciales y administrativas de los otros países. Se procura, como principio general, que en lo posible se exija un mínimo de formalidades para reconocer las adopciones legalmente hechas en otros países.

Otro de los principios es evitar las llamadas "adopciones independientes"; es decir, aquellas que se realizan sin llevar a cabo los mecanismos y cumplir las formalidades de las autoridades oficiales, sin la intervención, en el caso de México, del sistema nacional del D.I.F., del Ministerio Público y del Consejo de Tutelas. En fin, que no se realicen por los particulares a través de agencias o entre ellos directamente, sin la supervisión de un órgano oficial.

Sobre el período de prueba en esta materia existen dos escuelas o métodos. Uno que preconiza la conveniencia de no otorgar la adopción sino hasta que el menor haya vivido una temporalidad mínima con la familia potencialmente adoptante; otra escuela establece que concedida la adopción deba hacerse un seguimiento para que en el caso de que no funcione se revoque y se regrese al niño al país de origen.

Las autoridades del país de origen y las del país receptor también tienen una responsabilidad (que debe serle exigida) en cuanto a la formación de un expediente; de un "dossier" de los padres adoptantes y del niño que va a adoptarse; deben, a través de trabajadoras sociales, establecer una lista de candidatos, tanto de niños por adoptarse, como de padres o familias potenciales que los adopten; escribir en ellos los antecedentes biológicos, étnicos y religiosos de la familia del menor y su posible compatibilidad cultural y social con la futura familia de adopción; también la edad, estabilidad familiar, preparación cultural, y más que todo, el avenimiento existente en el matrimonio que va a recoger al niño.

V. ADOPCIÓN PLENA

Debe de favorecerse en todo lo posible, tratándose de adopciones de infantes y de niños que no han llegado a los cinco o seis años de edad, la llamada adopción plena, que se diferencia de la adopción simple. En la plena, el niño se integra como un hijo más de la familia legítima del matrimonio adoptante, pierde toda filiación con su familia biológica; se integra totalmente, como un hijo más. En las actas de adopción se procura borrar los antecedentes del nacimiento biológico y sólo se conservan los datos en forma confidencial en los archivos del Registro Civil. Sólo pueden revelarse por ejemplo, en caso de impedimento para contraer matrimonio con algún miembro de su antigua familia biológica o por razones de salud y antecedentes clínicos; fuera de esos casos en que se revela el secreto existe una filiación perfecta y el adoptado entra a formar parte de su nueva familia con los derechos de cualquier otro hijo en cuanto al nombre, apellidos, derechos sucesorios, alimentarios, etc.

También se procura, cuando el niño ha alcanzado cierta edad, vamos a decir los 12 o 13 años, que no solamente se pida el consentimiento de los padres biológicos, o de la madre, del tutor si existe, o de la institución que lo ha acogido durante cierto tiempo, sino la misma expresión de voluntad por parte del interesado. Un niño de 12 o 13 años tiene cierta responsabilidad propia, y puede resolver por sí mismo si desea o no ser adoptado.

VI. LA NACIONALIDAD

Otro efecto que hay que tomar en cuenta es la nacionalidad. Todas las convenciones que conozco hablan de la conveniencia de que el niño en caso de perder la nacionalidad por el hecho de la adopción adquiriera la del padre adoptante o de los padres adoptantes. En México, de acuerdo con la Ley de Nacionalidad y Naturalización, el solo hecho de la adopción no hace al niño perder su nacionalidad.

Las leyes migratorias juegan aquí un papel de cierta relevancia con el objeto de establecer controles a efecto de que ni los padres que van adoptar al niño mexicano, ni de los menores que vayan a abandonar el país, puedan hacerlo si no se obtiene el permiso que legalmente corresponda.

VII. LA REVOCABILIDAD

La revocabilidad e irrevocabilidad de la adopción, esta es la gran diferencia entre la adopción plena y la adopción simple: en la adopción plena, la adopción es irrevocable; una vez otorgada no se puede revocar. En cambio, en la adopción simple sí puede revocarse; incluso nuestro Código Civil habla de causas tan endebles como la ingratitud.

VIII. LAS POSIBLES REFORMAS A LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Esta cuestión ha preocupado en México a las autoridades. Hace algunos años, en el seno de la Secretaría de Relaciones Exteriores, nos reunimos un grupo de abogados y funcionarios, con el objeto de presentarle al presidente de la República una iniciativa que terminara con estos problemas, principalmente el del tráfico ilegal de menores bajo la cubierta o el disfraz de una adopción internacional. Después de trabajar un año y de obtener la ayuda y el beneficio de los consejos del DIF y de la Procuraduría General logramos conformar un documento que se llamaba "Iniciativa de Ley federal de Adopción internacional", que se envió por el señor Presidente al Senado. Desafortunadamente ese proyecto de Ley federal de adopción recibió un revés, fue rechazado por la Comisión de Justicia del Senado y también por la Cámara de Diputados.

La ley fue rechazada precisamente porque invadía una de las facultades que celosamente defienden los estados de nuestra federación y que es el Derecho familiar. El artículo 73 de la Constitución Política establece las facultades del Congreso de la Unión para legislar en qué materias y las que no están ahí, indirecta o implícitamente se entienden, según el artículo 124, reservadas a los estados.

Se consideró que la adopción, incluso aquella proyectada hacia la esfera internacional (que era la intención en la comisión redactora), invadía la soberanía legislativa de los estados. Se mandó al archivo y está en el polvo del olvido.

Ahora, lo que más nos preocupa es, cuando menos, reformar la legislación del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. En estas materias, como ya aconteció en otras del Derecho Procesal, el Derecho Internacional se muestra más dinámico, tiende a actualizarse con mayor facilidad. El Derecho, todos los sabemos, es una fenomenología dinámica, que trata de recoger en sus normas y regular la conducta humana que de ninguna manera es estática; entonces, en sistemas como el nuestro de Derecho codificado, puede resultar que códigos que fueron muy buenos en 1928 en el derecho sustantivo o en 1932 en el derecho adjetivo, ahora, en 1992, después de más de medio siglo, esos códigos, a pesar de las reformas que se le van introduciendo en forma periódica, no estén actualizados de acuerdo con las necesidades y la fenomenología social y económica en que vivimos. Las convenciones internacionales, por ejemplo, la de La Paz de 1984, que recogió las experiencias del Instituto Interamericano del Niño y de otras convenciones anteriores, vinieron a plasmar principios más modernos de los que ya México es parte.

La idea es que esos principios rectores, cuando menos aquellos relacionados con la protección de los infantes, cuando van a ser adoptados y llevados fuera del país, se cumplan. Sin embargo, va a ser necesario, si esta nueva idea cristaliza a través de las reformas al Código Civil del Distrito Federal (para que después éste sirva como un ejemplo a las demás legislaciones estatales), incorpore la adopción plena aunque subsista la adopción simple. Es decir, que los niños que van a ser adoptados y enviados fuera de México, sean necesariamente adoptados en la vía plena; si no se adoptan plenamente por los padres adoptivos, no podrían salir de México.

IX. PROYECTO DE CONVENCIÓN RELATIVO A LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO EN MATERIA DE ADOPCIÓN TRANSNACIONAL

Después de tres años de trabajos preparatorios por la comisión especial que fue convocada al efecto por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, se aprobó un proyecto en el que intervinieron representantes de 64 países y observadores de 15 organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. El texto de dicho proyecto será sometido a la Conferencia diplomática a efectuarse en el mismo lugar en el mes de mayo de 1993.

En el preámbulo de la Convención se hace hincapié en que la misma incluye medidas que garanticen que las adopciones transnacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y del respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Establece al efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos en instrumentos internacionales, considerados desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional.

El texto se divide en seis capítulos que cubren el ámbito de aplicación, las disposiciones fundamentales, autoridades centrales y organismos acreditados, procedimiento, reconocimiento de adopciones y disposiciones generales. En síntesis, la Convención establecerá las garantías necesarias para asegurar que las adopciones transnacionales tengan lugar tomando en consideración el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales, instaurando el sistema de cooperación entre las autoridades de los países de origen y los países de recepción que permitan alcanzar los objetivos de la Convención. Una adopción que la autoridad competente del Estado donde se lleve a cabo certifique que fue realizada de acuerdo con el procedimiento previsto en el tratado será reconocida de pleno derecho en los demás estados contratantes.

X. NUEVO ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL

El mes de agosto de 1991 fueron presentados, por los licenciados Fernando Alejandro Vázquez Pando y Leonel Pereznieto Castro, a

la Comisión asesora en Convenciones de Derecho Internacional Privado y Derecho Mercantil Internacional de la Secretaría de Relaciones Exteriores, los proyectos de reformas al Código Civil y a los Códigos Federal y del Distrito Federal de Procedimientos Civiles en materia de adopción. En su discusión intervinieron juristas mexicanos de renombre internacional.

Este proyecto de reformas incorpora las figuras de la adopción semiplena, propone reformas importantes e incorpora aspectos antes no previstos por nuestra legislación, unificando la materia en un capítulo con diversas secciones destinadas a la adopción en general, donde establece los requisitos que son necesarios para que una persona soltera o una pareja unida en matrimonio o de consuno puedan adoptar; incorpora el caso del menor o incapaz expósito o abandonado; prevé el caso de muerte de uno de los adoptantes, permitiendo que se autorice una nueva adopción; establece quiénes deben consentir en la adopción (reduciendo de 14 a 10 años la edad en la que el menor también debe otorgar su consentimiento); señala la obligación de el o los adoptantes de asistir personalmente a la audiencia de adopción respectiva; previene que la adopción, también puede constituirse administrativamente por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.) y señala sus atribuciones esenciales; puntualiza los deberes, derechos y obligaciones recíprocas de los adoptantes y adoptados; la irrevocabilidad de la adopción y las causas de impugnación.

Otra novedad la constituye el que expresamente se refiere y regula la adopción semiplena señalando sus características generales, efectos, alcances y posible conversión al tipo de adopción plena, entrando en seguida a la adopción plena para establecer quiénes pueden ser sujetos a ese tipo de adopción y sus efectos. Hace hincapié en la confidencialidad de la institución al ordenar la abstención del Registro Civil de proporcionar información sobre los antecedentes familiares del adoptado; al referirse específicamente a la adopción internacional, establece la preferencia de adoptar en favor de quienes pretendan continuar residiendo en el país una vez constituida la adopción; se introduce la intervención del cónsul mexicano en ciertos casos; establece la obligación a cargo del o de los adoptantes de permitir que el menor sea visitado por las autoridades consulares mexicanas con fines específicos; señala la legislación que requerirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formalidades extrínsecas para la constitución del vínculo; aborda las ma-

terias de publicidad y registro; establece que tendrán plena validez en el Distrito Federal las adopciones válidamente constituidas en el extranjero; determina qué derecho regirá en la adopción plena y semiplena las relaciones entre el adoptante o adoptantes y adoptado con su familia; hace referencia a los derechos sucesorios de adoptante y adoptado; señala los requisitos para hacer la conversión de la adopción semiplena a la plena; contempla la impugnación y la anulación de la adopción; alude a la salida del menor y su depósito con la persona o personas que pretendan adoptarlo cuya residencia habitual está en el extranjero estableciendo condiciones específicas para ello. El proyecto también contiene reformas concordantes al Código de Procedimientos Civiles.

Nuestra esperanza es que este proyecto se convierta pronto en iniciativa de reformas a los códigos sustantivo y adjetivo y que México actualice su legislación en materia familiar.

Todavía nos falta mucho tramo por recorrer y yo formulo mis votos porque los derechos del niño y la protección de la infancia lleguen a ocupar también en nuestros corazones y en nuestra mente, esos intereses superiores a que se refiere la Convención de Nueva York y que con esa misma intención logremos plasmar en nuestros ordenamientos y en la voluntad de nuestras autoridades, el deseo de protegerlos y ayudarlos.

IN MEMORIAM

DON JOSÉ BECERRA BAUTISTA

Entró al gozo de su Señor el 24 de diciembre de 1992.

Había nacido en Pachuca, Hidalgo, el 17 de marzo de 1910. Ingresó a la Escuela Libre de Derecho el 12 de febrero de 1933. Sustentó examen profesional el 3 de mayo de 1938, con su tesis sobre "La autoridad de la cosa juzgada". Su jurado estuvo integrado por don Salvador I. Reynoso, don Rafael Martínez Carrillo, don Rafael Preciado Hernández, don José Soto Borja y don Agustín Arroyo González, quienes le otorgaron una mención especial por el examen.

Inició su ejercicio profesional en la Dirección General de Pensiones Civiles de Retiro. Ingresó después al Poder Judicial Federal como secretario del Juzgado Primero de Distrito en Materia Penal. Laboró después como abogado consultor de la Procuraduría General de la República y secretario del Tribunal Unitario de Circuito en Puebla y posteriormente como secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Colaboró como abogado postulante en el bufete de las legaciones de Alemania e Italia y finalmente prestó sus servicios como Director de Departamento Jurídico del Banco Nacional de Comercio Exterior.

En cuanto a su docencia, memoremos que a partir de 1939, fue Profesor de Derecho Romano en la Escuela Libre de Derecho y en la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Nacional Autónoma de México; temporalmente, de 1944 a 1950, Profesor de Introducción al Estudio del Derecho y de Obligaciones. Desde 1951, Profesor de Derecho Procesal Civil en la Escuela Libre de Derecho y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México. En este último lugar hasta 1968. Profesor del Primer Curso de Derecho Procesal Civil en la Escuela Libre de Derecho, por cincuenta años y nombrado allí Profesor Emérito.

De sus múltiples obras de investigación, recordemos la "Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil", "El Proceso Civil en

México" "El Cheque sin Fondos" y "El Fuero Constitucional". "La Caducidad de la Instancia de acuerdo con las recientes reformas al Código Procesal Civil" (Librería Manuel Porrúa, 1964, México, D. F.). "Cientificidad de la prueba en relación con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador" (Ediciones de la Universidad de Yucatán y sobretiro de la Revista Jurídica Veracruzana, 1974). "El principio de la congruencia en las sentencias civiles", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Universidad Nacional Autónoma de México, 1978); "Procedimientos Mercantiles Especiales" (Memoria del Séptimo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, 1978); "El Derecho Procesal Agrario como instrumento de seguridad jurídica y social en el agro" (Memoria del Octavo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, 1979). Traducciones del italiano: "Lecciones de Derecho Procesal Civil, Parte General", de Paolo D'Onofrio, 1945; "Los Principios Fundamentales del Proceso Penal", de Alberto Domenico Tolomey, 1947. "Acciones derivadas del Incumplimiento de disposiciones Legales y Estatutarias que rigen a las Sociedades Anónimas", aparte de otras.

Asistió a los ocho congresos del Instituto Mexicano de Derecho Procesal celebrados en distintas partes de la República y al Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal.

Perteneció al Instituto Mexicano de Derecho Procesal, A. C., Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación; y a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

Por su generosidad y entrega a la Escuela Libre de Derecho, bien podemos decirle: "*Semper honos, nomengue tuum, laudesque manebunt*".

M.L.M.

IN MEMORIAM
DON SERGIO VELA TREVIÑO

Recuerde el alma dormida,
avive el seso e despierte,
contemplando,
cómo se passa la vida;
como se viene la muerte
tan callando;
cuán presto se va el placer;
cómo, después de acordado,
da dolor;
cómo, a nuestro parecer,
cualquiere tiempo passado
fue mejor.

Para comenzar, agradezco que don Jaime del Arenal y don Manuel López Medina hayan pensado en mí para redactar la noticia necrológica por la muerte de mi padre, don Sergio Vela Treviño. Aunque quizá las líneas resulten aparentemente escasas en relación con la estatura del difunto, llevan el sello distintivo del amor doliente, y si bien debe entenderse que estas palabras encierran un testimonio inmediato y sincero, la tarea resulta ardua y emocionante al mismo tiempo, por amor de los lazos que la vida tendió entre nosotros. Sin petulancia alguna considero, por lo demás, que nadie tuvo como yo el privilegio de conocer tan íntimamente los días de mi padre y en consecuencia, este orgullo bondadoso y diáfano en nada amengua mi expresión, sino la encarece.

Don Sergio Vela Treviño nació el 17 de mayo de 1930 en la Ciudad de México y murió en la misma a los 63 años y 11 días de edad, o sea el 28 de mayo de 1993. A pesar de no haber alcanzado la ancianidad, su vida se distinguió por la madurez y la serenidad temporanas, logradas por su inteligencia tenaz y por su vocación incommovible. La atracción primordial hacia la vida jurídica se debe a la figura de

su padre, don Alberto R. Vela (1901-1966), miembro destacado de la judicatura mexicana. Por más que la disensión académica entre ellos fue frecuente, se reconoció en la trayectoria de mi padre la continuación de una tradición familiar, notable por su pulcra dignidad.

Sin ser aún bachiller, don Sergio Vela Treviño ingresó al despacho de don Felipe Gómez Mont, de quien aprendió la práctica de la profesión de abogado penalista. En 1954, con el *Estudio dogmático de la omisión*, obtuvo el título de Licenciado en Derecho de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Desde 1955 comenzó su vida profesional independiente, la que conservó hasta el último momento, como consultor y postulante.

En mi padre convivieron armoniosamente el *bios praktikós* y el *bios theoretikós*. En efecto, cabe la abogacía, dedicó mucho tiempo al trabajo académico, tanto en la docencia cuanto en la escritura. Aquella principió en 1956, como profesor adjunto del primer curso de Derecho Penal, en la Escuela Libre de Derecho. En la Universidad Nacional Autónoma de México impartió los dos cursos de Derecho Penal de 1958 a 1961. En la Universidad Anáhuac, de 1962 a 1975, fue profesor del primer curso de Derecho Penal, mismo que también impartió, ya como titular de la cátedra, en la Escuela Libre de Derecho, de 1972 a 1990. Además, tuvo a su cargo diversos cursos de especialización y de posgrado en la Universidad Panamericana y en la Universidad Iberoamericana.

Dictó un gran número de conferencias, muchas de las cuales han sido recogidas en publicaciones especializadas de México y del extranjero. Fue consultor jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores y, como experto precursor de los derechos humanos, representó a México, en 1969, en la Conferencia Interamericana Especializada, de la que surgió la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como *Pacto de San José*. También representó a México en el Seminario sobre Derechos Humanos que la Organización de las Naciones Unidas patrocinó en Belgrado, en 1970.

Animado por su esposa, doña Elena, realizó una magnífica labor como tratadista de la teoría del delito. Sus libros, lejos de ser epitomes, son aportaciones capitales para la cabal inteligencia del fenómeno delictivo moderno, mismo que entendió a partir de la Dogmática Jurídico-Penal de la Escuela Finalista. Publicó *Culpabilidad e inculpabilidad* (1973), *Antijuridicidad y justificación* (1976), *La prescrip-*

ción en materia penal (1983) y *Miscelánea penal* (1989); *Imputables e inimputables* aparecerá de modo póstumo.

Don Sergio Vela Treviño fue fundador y coordinador del área jurídico-penal del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Fue miembro de la Comisión de Derecho Penal de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. En 1976 ingresó a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, como miembro de número.

Mereció los laureles que obtuvo. De manera ejemplar, dedicó su vida a la justicia y a los suyos, por lo que no habrá elogio que baste a su fama y a su memoria. Yo, que recibí su legado ético e intelectual en el hogar, en el aula, en el despacho y en la calle, con acerba resignación y con infinita gratitud, lo nombro según la magnificación oriental: *abogado de abogados y maestro de maestros*. Dice una tradición judía que los hombres buenos mueren en viernes, para llegar a tiempo al *shabbat*. Mi padre murió un viernes.

Vuelvo a don Jorge Manrique, el poeta de mi epígrafe que con singular maestría y con primor dijo de su padre muerto lo que yo quisiera decir del mío:

Amigo de sus amigos,
¡qué señor para criados
e parientes!
¡Qué enemigo d'enemigos!
¡Qué maestro d'esforçados
e valientes!
¡Qué seso para discretos!
¡Qué gracia para donosos!
¡Qué razón!
¡Qué benino a los sujetos!
¡A los bravos e dañosos,
qué león!

En ventura, Octaviano;
Julio César en vencer
e batallar;
en la virtud, Africano;
Anibal en el saber
e trabajar;
en la bondad, un Trajano;

Tito en liberalidad
 con alegría;
 en su brazo, Aureliano;
 Marco Atilio en la verdad
 que prometía.
 Antoño Pío en clemencia;
 Marco Aurelio en igualdad
 del semblante;
 Adriano en la elocuencia;
 Teodosio en humanidad
 e buen talante.
 Aurelio Alexandre fue
 en deciplina e rigor
 de la guerra;
 un Constantino en la fe,
 Camilo en el grand amor
 de su tierra.

Este fue mi padre. Ya que querer el hombre vivir cuando Dios quiere que muera, es locura, valgan de nuevo, y para terminar la semblanza de este varón de justicia, las palabras del poeta: *aunque la vida perdió, dexónos harto consuelo su memoria.*

Sergio VELA MARTÍNEZ, 1993

DISCURSO PRONUNCIADO EL 30 DE AGOSTO DE 1993
EN LA APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1993/1994 POR
DON MARIO BECERRA POCOROBA

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Distinguidos señores ex rectores,
Honorables profesores,
Estimados alumnos,
Señoras y señores:

La Escuela Libre de Derecho abre hoy sus puertas a una nueva generación, una nueva generación que acude a ella con los bríos que sólo la juventud trae aparejada.

Una generación, en busca de la conquista de nuevos horizontes, impregnada de fe y esperanza; una generación, de jóvenes que ingresan como futuros hijos de esta Alma Mater.

A ustedes, que pueden ya considerarse triunfadores por haber aceptado el reto que la vocación nos exige, y cuyos esfuerzos quedarán impresos en sus propias metas.

A ustedes, futuros abogados que hoy inician el nunca sencillo camino de la justicia, me permito dirigir estas palabras, que no pretenden más que ser sinceras y orientadoras.

Hoy nuestra Escuela Libre de Derecho, igual que hace ochenta y un años, cuando apenas un pequeño puñado de estudiantes y maestros, tildados de rebeldes, buscaban la excelencia académica, se engalana para auspiciar en sus recintos, a esta sangre nueva, que correrá por sus pasillos y aulas, que empezará a ser parte integrante de ella; y a la cual forjará como estandarte y orgullo de su propia doctrina. Una doctrina, consistente en la enseñanza del Derecho como un fin en sí mismo y no como un medio, puesto que esta rama del saber, es uno de los puntales sobre los que se cimenta toda relación social.

Y sobre el particular ¿resulta apropiado, recordar qué es el Derecho?, y al hablar de la materia jurídica, resulta arduo caer en su defi-

nición, puesto que no es fácil desentendernos de la devoción que profesamos a esta materia.

Cuando se pregunta a los abogados ¿qué es el Derecho?, nos encontramos frente a un mosaico de respuestas, no existe una sola postura, sino tantas como criterios hay.

Bien señalaba el inolvidable padre e hijo de esta Escuela, don Miguel Villoro Toranzo, que la noción del Derecho, que debería ser una de las ideas definitivamente incorporadas al saber de todo jurista y sobre la cual no deberían haber ni vacilaciones ni disentimientos, hoy más que nunca es el controvertido punto de partida en donde se inicia el distanciamiento de las escuelas jurídicas.

Y no hablo del Derecho, como la voluntad del legislador manifestada en las leyes, ni como el sofisma vacío. Puesto que la norma jurídica, no es una mera fórmula técnica deshumanizada. Tampoco es, un mero producto de las fuerzas sociales, históricas, políticas o económicas.

El Derecho, señores, es la finalidad de nuestra Escuela Libre, es nuestra meta como maestros, como profesionistas, como estudiantes y como artistas, pues bien se señala que el Derecho es una ciencia, una filosofía, una técnica y un arte.

En efecto, el Derecho es una ciencia porque se ocupa de un determinado sector de la realidad utilizando la razón, en cuanto a una relación del deber ser.

El jurista es un filósofo, porque estudia esta parte de la realidad en función de una totalidad.

Es un técnico, al aplicar los principios generales obtenidos por la ciencia del Derecho, por ejemplo: el legislador que formula leyes o el juez que las aplica y aun el abogado que las invoca.

Y es un artista, ya que la profesión le exige, el empleo de sus habilidades, talentos y destrezas.

Todo esto es el Derecho, y su enseñanza y aprendizaje no son sencillos, siendo muy pocos aquellos que pueden florear la espada del verdadero conocimiento de lo jurídico.

Bien decía el insigne maestro don Manuel Herrera y Lasso, "que el Derecho, es un poder moral, como el deber es una necesidad moral". Deber y Derecho son nociones correlativas: en tanto tengo yo derecho, en cuanto que ejerciendo ese derecho cumplo un deber. La clave de la convivencia humana está en estas fundamentales y sencillas nociones, así todas y cada una de las cátedras que infunde esta insti-

tución están dirigidas a los alumnos con el espíritu del deber, del deber profesional".

Además, existe el deber para con la patria, que debe ser un credo y una bandera, elementos constantes de una nación en desarrollo, y es aquí donde adquiere prominencia el papel de nuestra profesión, una profesión enaltecida por una dulce y simple palabra: la justicia.

Palabra, que desde tiempos remotos Ulpiano la conceptualizó como la voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo. Hoy esta virtud, debe ser nuestro faro en este mundo cada vez más desvalorizante, y hoy a nosotros, a estas generaciones, corresponde uno de los ideales más complejos, un ideal que debemos limpiar del polvo de lo cotidiano, esto es, el recuperar la verdadera esencia de esta sencilla palabra, *por eso señores, luchemos por la justicia.*

Asimismo, nuestra Escuela es forjadora de castas, cuyo linaje es por todos reconocido en el lienzo de la vida profesional, pero ello no baste para dejar de luchar por los ideales con que fue concebida, puesto que día a día la competencia en nuestra línea profesional se ha incrementado, lo que nos obliga y nos exige, a mantener y superar el nombre y estandarte de nuestra Escuela. Seamos cada día más abogados, más hijos de esta Alma Mater, no descuidemos nuestras empresas, portemos con orgullo el blasón de nuestra Escuela y seamos heraldos de todo lo bueno que día a día nos inculca.

El inculcar el Derecho como un valor, es el reto que como maestros nos imponemos a diario, un reto que día a día nos vuelve responsables de la asertada y correcta orientación de la materia prima que se nos ha encomendado. El apego a este compromiso, es el que pido marque de nueva cuenta la pauta de nuestro actuar como magisterio.

Puesto que no es maestro, aquel mercenario de la educación, que mendiga estipendios por su actuar.

No es maestro, aquel que exige vasallaje a sus discípulos. Tampoco lo es, aquel autómatas de la enseñanza.

El verdadero maestro, es el orientador, el que inspira criterio, el que rompe los tabúes dogmáticos. Ese sí, ese sí, es un verdadero maestro, un amigo y un guía, por esta razón aprovecho, este momento, para exhortar a nuestra planta docente, a renovar el compromiso que les exige esta Escuela en su carácter de directores intelectuales.

Es sabido que escuelas como la nuestra pretenden formar jurisconsultos y verdaderos abogados, por lo que parafraseando a Sommieres, he de decirles que la ciencia jurídica, alegóricamente, es un

inmenso edificio al cual se debe entrar no por puertas pequeñas y laterales sino por la puerta de honor, por la puerta central y es menester, abrirla de par en par, dando a los alumnos las herramientas para su devenir futuro.

En tal tenor, iniciemos este nuevo reto por la puerta principal, hagamos a un lado las fantasías de la mocedad, y entreguemos nuestros bríos, a esta institución que recompensará todos y cada uno de sus esfuerzos, esfuerzos que redundarán en un México mejor.

Esto me hace recordar, las palabras que dijere hace poco un gran maestro de esta Escuela: el Derecho no es una ciencia acartonada para retóricos y apologistas; el Derecho es una realidad, viva, palpitante, cuyo ejercicio enaltece a los que la profesamos, como caballeros andantes de la justicia, cuya orden, como nos cuenta Cervantes, se instituyó porque crecía la malicia, para deshacer entuertos, defender doncellas, amparar viudas y socorrer a los huérfanos y menesterosos, así señores, *seamos los Quijotes de la justicia*.

Por último, me permito hoy invitarlos a ustedes, jóvenes estudiantes, para que a título personal, se entreguen como verdaderos alumnos; mantengan un esfuerzo constante y lo más importante, amén a esta Escuela, puesto que no son pocos los frutos con que se los agradecerá, sino por el contrario tatuará en sus almas la satisfacción de poderse ostentar como *hijos de la Escuela Libre de Derecho*.

Bienvenidos.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DE LA
SOCIEDAD DE ALUMNOS, SEÑOR RODRIGO OROZCO
WATERS, EN LA INAUGURACIÓN DE CURSOS 1993/1994,
EL LUNES 30 DE AGOSTO

Señor licenciado Fausto Rico Álvarez,
Rector de la Escuela Libre de Derecho;
Señores abogados miembros de la Junta Directiva,
Maestros y alumnos:

Fiel compañera del tiempo, la madurez traspasa con otro ciclo escolar los muros de esta joven anciana, nuestra Escuela Libre de Derecho.

Es la tradición su cimiento, la historia su orgullo, y los estudiantes la sangre que conmueve sus entrañas.

Hoy retomamos maestros y alumnos aquel compromiso que conllevó a la creación de este instituto, fundándose desde aquel entonces en la responsabilidad compartida de catedráticos y estudiantes para crear una aula magna donde el respeto y amor a la verdad junto con la reflexión personal y los hábitos de libre examen, al tiempo que el espíritu de tolerancia, el sentimiento del derecho de la persona humana y su dignidad, la conciencia de la responsabilidad individual a la vez que la pasión por la justicia y la solidaridad social, fueran los únicos dogmas.

Me parece que aquéllos hombres hoy están con nosotros admirando su obra prorrogada en el tiempo. Ellos, y no yo, nos recuerdan que nuestra mayor responsabilidad es: "Fundar cada día esta Escuela". Esto es, retoma de momento a momento, a la rutina diaria de la clase, de la lectura y de la dialéctica jurídica, los principios que le dieron origen, hazlos propios y lucha por ellos, porque esta Escuela, más que un medio es un fin, y más que hecho consumado y perfecto, es una búsqueda constante por la reflexión y el Derecho.

Esa es la tarea de quienes asumimos este compromiso y año con año en esta ceremonia lo renovamos. Ahora bien, es también mi intención hacer un llamado a ese grueso de jóvenes que inicia una etapa

definitiva en su vida y que ha escogido nuestra Escuela para realizarla; éstos son, nuestros compañeros de primer año.

A ustedes los invito a fundar con nosotros cada día esta Escuela; les aconsejo la conozcan y sepan encontrar en ella la pasión que la definió, con García Jimeno, como "un grupo de amigos que desea aprender y hace que cada mañana se reúna con otras más, de más largo camino, y que desean enseñar".

Sepan desde ahora que la profesión que han escogido no es ni con mucho sencilla y que el título de abogado no cualquiera puede detentarlo. Aprendan a reconocer que la enseñanza del Derecho es en sí misma la enseñanza de la justicia y que no es posible entender un Derecho injusto. Recuerden que la justicia nos corresponde a los abogados como Dios al creyente y no pierdan esta meta en toda su carrera y su ejercicio profesional, para que el foro mexicano pueda integrarse al menos con estudiantes de esta Escuela, por hombres que más que jurisperitos se definan a sí mismos como Cicerón lo hacía: "Sacerdotes del Derecho".

Por eso mismo quiero pedirles que sepan conservar una mente fresca y abierta no sólo al diálogo sino a cualquier ideología a pesar que la suya sea firme y decidida. No se pierdan en el laberinto de intelectualidades que opacan asimismo el primer deber del abogado. Lucha por la justicia.

Por ello no olviden que la justicia prefiere expresarse en la sabiduría, en el sentido común, en el sano entendimiento; y que si en algún momento justicia y Derecho se contraponen, a la manera de Couthier solucionen de forma tajante este problema: Primero la justicia.

Esta Escuela fomentará en ustedes el hábito al estudio constante. Les recomiendo sepan adaptarse rápido al cambio entre su pasado bachillerato y el concepto de enseñanza en la Escuela Libre de Derecho. Para tal efecto, no echen de menos los consejos que nosotros sus compañeros de años superiores les otorgaremos. Pero sepan distinguir lo que es un mito de lo que es una realidad y sepan distinguir la fantasía de lo que es verídico. La tradición de la Escuela y el conocimiento que de ella tengan será su arma más importante. Sepan que esta Escuela es dura, pero vale luchar por ella, porque quienes ya tenemos un tiempo aquí sabemos encontrar nuestros ideales reflejados en los de la Escuela y nuestra esencia mezclada en la tradición.

Sabrán en un tiempo muchos de ustedes que el principio de esta Escuela se encontró en la fe de los fundadores, fe en su época, en la

justicia y en el Derecho. Sepan mantener esta fe como una llama prendida y convoquen con ella a todos los que se consideren dignos de unirseles!

Por último, recuerden que el Derecho es palabra, es expresión. No olviden al considerar código y leyes que el lenguaje es su sistema vertebral y que la palabra es su espíritu. Sepan "apasionarse" por ella y conjunten la intelectualidad al carácter para que con el tiempo sean hombres sabios, justos y probos, es decir, lo que nuestra Escuela llama "abogados".

Ahora bien, esta Escuela, grupo de amigos, de maestros y alumnos, les recuerda que nuestros ideales como institución no están acabados, sino que han de mantenerse por su propio prestigio y hemos de alimentarlos sin objeto material preconcebido. Hace falta un ideal. Revivamos y renovemos nuestros ideales como Escuela, sepamos responder ante un nuevo tiempo que se acerca. ¡Seamos mejores cada día, encontrando mimetismo sagrado entre el ideal y la Escuela!

Por eso, maestros y alumnos de la Escuela Libre de Derecho, no olvidemos que nuestro ideal es esta Escuela y de la misma manera en que por un ideal Alighieri recorre los nueve círculos del infierno para acudir al llamado de Beatriz, Santa Teresa quema su espíritu como lámpara votiva ante el inmóvil crucifijo o por él roba el fuego divino un titrón rebelde y elevado en la roca se empuja para predecir a Zeus el tirano que la tierra parirá hijos que le arranquen el celeste trono. De la misma manera en este acto reconozcamos nuestro ideal y renovemos en un "acto de fe" esta tradición, histórica y empeño que no es al fin y al cabo sino fuego que levanta y encrespa de orgullo a todos y cada uno de los miembros de esta nuestra Escuela Libre de Derecho.